المجلد الثاني من:

مختارات النوازل

تأليف

شيخ الإسلام برهان الدين علي بن أبي بكر
بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني
(٥٣٠هـ - ٥٩٣هـ)

مؤسسة إيفا للطبع والنشر - نيودهي

١٤٣٤هـ ـــــــ ٢٠١٣م

١٦١-ايف، بيسمنت، ص. ب.: ٩٧٠٨
جامعة نغر، نيو دلهي-١١٠٠٢٥
هاتف: (٢٦٩٨١٣٢٧-١١-٠٠٩١)
الموقع: www.ifapublications.com
البريد الإلكتروني: ifapublications@gmail.com

مختارات النوازل


بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم

إن من خصائص الشريعة الإسلامية وجوانبها البارزة أن شمولها لا يقتصر على العقيدة والعبادات فحسب، وإنما يمتد إلى سائر مناحي الحياة، وهي ترشد الإنسانية إلى منهج قويم يتكفل اتباعه بالسعادة في الدنيا والفوز في الآخرة.

ومن الأبواب الهامة لتعاليم الشريعة الإسلامية ما يتصل بالأحوال الشخصية الإسلامية والحدود والتعزير، والمقصود من سائر أحكام الأحوال الشخصية إيجاد المودة والرحمة، والهدوء والاطمئنان في الحياة الزوجية، وإقامة العدل والاتزان في سلوكيات الناس، فقد أصبح الآن نظام الأسرة الإسلامي مركز عناية وموضع اهتمام لدى مختلف شعوب العالم، وبدأ يشعر أصحاب الفكرة الرزينة من المفكرين الغرب بأهمية إحكام نظام الأسرة في تكوين المجتمع، وبأن تفكك هذا النظام سيؤدي إلى مضرة كبيرة تعود على الإنسانية جمعاء.

وأما الحدود والتعزير فهي كذلك من الأبواب الرئيسية للفقه الإسلامي، فالإنسان مركب من الخير والشر على السواء، وقد اتخذ الإسلام للقضاء على الجرائم طريقة مزدوجة، فهو يوفر جوًّا نزيهًا يتمكن الإنسان فيه من إبعاد نفسه من الجرائم بسهولة في جانب، ويشرع عقوبات وحدودًا فيها نكال وعبرة وتثبيط همم الجناة الذين يتعودون ممارسة العمليات الإجرامية في جانب آخر، فمن الحقائق الناصعة أن

تكوين المجتمع على المبادئ الإسلامية وتنفيذ قوانين الحدود والتعزير يضمن انخفاض نسبة الجرائم في كل عصر ومصر، ويعترف بها الخبراء الاجتماعيون الواقعيون، ولكن الأسف أن المجتمع الغربي لا يفرض الحظر فيه على دواعي الجرائم، ويشجع المجرمون الظالمون ويعامل المظلومون المضطهدون بالكبت والقهر، حتى ازدادت نسبة الجرائم في العالم الغربي والعالم المتغرب، وتحرر المجتمع من سيادة القانون.

ولذلك فإن كتب الفقه الإسلامي تعتني بهذا الموضوع اعتناء بالغًا، وتورد فيها محتوياته ومسائله بغاية من الدقة والتفصيل، وحسن الترتيب ووضوح الأداء، وقد ألقي الضوء على هذه الأبواب في "مختارات النوازل" أيضا، فقد اشتمل هذا المجلد من الكتاب على النكاح، والطلاق، والنفقة، والحدود، والإعتاق، والولاء، والأيمان، والسير، واللقيط، واللقطة، والمفقود، وهذا الكتاب من مؤلفات الفقه الحنفي القديمة، وصدر من قلم مؤلف مشهور موثوق به، وقد بدأ المجمع عملية تحقيق هذا الكتاب، وكان مؤسسه الشيخ القاضي مجاهد الإسلام القاسمي حيًّا يرزق، ولكن تأخر العمل كثيراً لزحمة أعمال المجمع وكثرة الأخطاء التي وقعت في نسخ مخطوطة لهذا الكتاب، ولكننا نحمد الله على أن المجلد الثاني لهذا الكتاب يقدم الآن من قبل المجمع إلى القراء الكرام.

وهذا المجلد كسابقه يعتمد على ثلاث نسخ (ع، ن، م) قام أخونا العزيز الأستاذ شكيل أحمد الرحماني من خريجي دار العلوم ديوبند، بنقل عبارة نسخة "ع" و "ن" والمقارنة بينهما، وكتب بعض الهوامش، ولكن

الأخ المفتي محمد سراج الدين القاسمي الباحث في القسم العلمي للمجمع هو الذي تولى تحقيقه بكامله والتعليق عليه، فقام بمقارنته بالنسخة المدنية، وتخريج الأحاديث التي وردت في الكتاب، ومعظم تعليقات الكتاب بقلمه، وهو الذي تولى تصحيح البروفات الطباعية للكتاب، ومما زاده إحكامًا وإمتاعًا هو مراجعته من فضيلة الشيخ عبيد الله الأسعدي سكرتير شئون الندوات للمجمع وآراؤه القيمة بهذا الصدد، والأخ الباحث محمد سراج الدين القاسمي أخذها بعين الاعتبار ونفذها حسب توجيه كاتب هذه السطور، وحاول تصحيح الكلمات الساقطة أو العبارات الغامضة المبهمة من "الهداية" و"نوازل أبي الليث السمرقندي"، جزى الله الجميع خيراً، وتقبل هذا الكتاب القيم.

خالد سيف الله الرحماني

ا مين العام لمجمع الفقه الإسلامي بالهند

٣٠/صفر ١٤٣٤هـ

١٣/يناير ٢٠١٣م

المجلد الثاني من مختارات النوازل

كتاب النكاح

١- النكاح[١] في اللغة عبارة عن الضم والاجتماع، وفي الشريعة اسم للعقد الشرعي، وقيل: حقيقته للعقد والوطء جميعاً؛ لأن معنى الضم موجود فيهما[٢]، والأصح أن حقيقته الوطء الحلال خاصة، والعقد مجاز[٣].

---

[١] – قال الأزهري: أصل النكاح في كلام العرب الوطأ، وقيل: للتزوج نكاح؛ لأنه سبب للوطء المباح، وقال الجوهري: النكاح الوطأ وقد يكون العقد تقول: نكحتها ونكحت هي أي تزوجت وقال الأعشي (فى شعره) في نَكَحَ بمعنى تزوج:

ولا تقربن جارة إن سرها   عليك حرام فانكحن أو تأبداً

واستعماله في العقد والوطأ مما وقع فيه الخلاف هل هذا حقيقة في الكل أو مجاز في الكل أو حقيقة في أحدهما مجاز في الآخر، فلم يرد النكاح في القرآن إلا بمعنى العقد؛ قال الله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات﴾ (احزاب: ٤٩) (ر: لسان العرب ٢٧٩/١٤، مطبعة بيروت لبنان ١٤١٨هـ، وتاج العروس ٢٤٣/٢).

[٢] – وفي النسخ الثلاث: "فيها" والصواب ما كتبناه.

[٣] – وفي (م): "بمجاز".

٢- ثم النكاح[١] سنة مطلقة[٢] لقوله -ﷺ-: "النكاح من[٣] سنتي فمن رغب عن سنتي فليس مني[٤]"، وقيل: عند توقان الشهوة صار

---

[١] - وفي الهندية: أنه في حالة الاعتدال سنة مؤكدة، وحالة التوقان واجب، وحالة خوف الجور مكروه، وقال الحصكفي: فإن تيقن الزنا إلا به فرض، وقال ابن عابدين: أي بأن كان لا يمكنه الاحتراز عن الزنا إلا به، لأن ما لا يتوصل إلى ترك الحرام إلا به يكون فرضاً، وفي البدائع عن بعض أصحابنا أنه فرض كفاية، وبه قال أحمد، وصرح الإمام النووي أن التخلي لنفل العبادة أفضل من النكاح عند الشافعي، لكن هذا معدول عن القياس؛ لأن النكاح له مراتب: فرض، وفرض كفاية، وواجب، وسنة، وكل ذلك أفضل من التخلي لنفل العبادة، كما أشار إليه الإمام علاؤ الدين أبوبكر بن مسعود الكاساني (ر: الفتاوى الهندية ٢٦٧/١ ط دار الفكر، بدائع الصنائع ٣٤٢/٢ دار الفكر بيروت لبنان، الدر المختار مع رد المحتار ٦/٣، كراتشي، المجموع شرح المهذب٢٨٦/١٧).

[٢] - وفي: (ن، ع): "مطلق به" و(م): "مطلوبة" والصواب ما كتبناه كما في فتاوى النوازل لأبي الليث ص: ١٦٠ دار الإيمان.

[٣] - "من" ساقط من (ن، ع).

[٤] - لم أره بهذا اللفظ: "النكاح من سنتي فمن رغب عن سنتي فليس مني"، ولعل المصنف رحمه الله جمع بين قطعتين من حديثين، فأخرج ابن ماجه من حديث عائشة بلفظ: "النكاح من سنتي فمن لم يعمل بسنتي فليس مني، وتزوجوا فإني مكاثر بكم الأمم، ومن كان ذا طول فلينكح، ومن لم يجد فعليه بالصيام، فإن الصوم له وجاء"، وأخرج مسلم من حديث أنس أن نفراً من أصحاب النبي -ﷺ- سألوا أزواج النبي عن عمله في السر، فقال بعضهم: لا أتزوج النساء، وقال بعضهم: لا آكل اللحم، وقال بعضهم: لا أنام على فراش، فحمد الله وأثنى عليه، فقال: "ما بال أقوام قالوا كذا وكذا، لكني أصلي، وأنام، وأصوم،

واجباً، صيانة لنفسه عن الوقوع في الفساد[1]، ولهذا قال أصحابنا رحمهم الله: النكاح أفضل من النوافل[2].

٣- ثم هذا العقد لا ينعقد إلا بوجود ركنه من أهله، مضافاً إلى محله، وركنه الإيجاب والقبول.

٤- والأثر الثابت بالعقد كالحل، والملك، والوصلة الحكمية[3]، فإنها حكمه، لأن اللفظ عرض كما يوجد يتلاشى ويضمحل، وإنما يبقى أثره وهو المقصود والمطلوب منه.

٥- أما حضور الشهود عند العقد، وهو شرط الصحة عندنا لقوله عليه السلام: "لا نكاح إلا بشهود"[4]. والفرق بين النكاح وبين سائر

وأفطر، وأتزوج النساء فمن رغب عن سنتي فليس مني" (ابن ماجه ١٣٣/١، مسلم ٤٤٩/١، الصحيح البخاري: كتاب النكاح، باب الترغيب في النكاح).

[1] - في (ن،ع): "الجماع".

[2] - لأن مصالح النكاح كثيرة، فإنه يشتمل على تحصين الدين وإحرازه، وتحصين المرأة وحفظها والقيام بها وإيجاد النسل وتكثير الأمة وتحقيق مباهاة النبي -ﷺ- وغير ذلك من المصالح الراجح أحدها على نفل العبادة بمجموعها، كما أشار إليه ابن قدامة (المغني ٥/٧).

وقال ابن قدامة: المشهور في المذهب أنه ليس بواجب إلا أن يخاف أحد على نفسه الوقوع في محظور بتركه فيلزمه إعفاف نفسه، وحكاه أبو بكر بن عبد العزيز عن أحمد أنه يجب في العمر مرة واحدة للآية والخبر (المغني ٣/٧).

[3] - وفي (ن وع): "الوصية الحكمية فإنهما حكمة".

[4] - حديث: "لا نكاح إلا بشهود" لم أجده بهذا اللفظ، وروى الترمذي عن طريق جابر بن زيد رفعه عن ابن عباس أن النبي -ﷺ- قال: "البغايا اللاتي ينكحن

العقود، وهو أن المال حق المالك وملكه، فيجوز تمليكه بعوض وبغير عوض، وبشهادة وبغير شهادة.

وأما النكاح فمن جانب الزوج كذلك، لأنه التزام على نفسه المهر، وأما من جانب المرأة هو تمليك البضع من الزوج، وحرمة الأبضاع حق الله تعالى فلا يصح[١] تمليكها إلا بما أمره الشرع به[٢]، والشرع أمره بالشهادة فلا يصح بدونه، ولأن المرأة كانت مالكة لنفسها وبالنكاح صارت مملوكة الغير ومبتذلة، والعقل يأباه، فتحتاج إلى تاكيد آخر[٣].

وعند مالك[٤] رحمه الله: شرط الصحة[٥] هو الإعلان، حتى لو

أنفسهن بغير بينة" ورجح الترمذي وقفه (الترمذي ٢١٠/١)، وأخرج الدارقطني (٢٢٧/٣)، والبيهقي (١٢٥/٧) عن عائشة مرفوعاً بلفلظ: "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل" وانظر نصب الراية ٢١٢/٣ دار الكتب العلمية بيروت.

[١] – وفي (ن، ع): "فلا يصلح".

[٢] – وفي (ن، ع): "الشارع".

[٣] – وفي (ن، ع): فيحتاج إلى تاكيد المهر.

[٤] – قال ابن رشد: "اتفق أبو حنيفة والشافعي ومالك على أن الشهادة من شرط النكاح، واختلفوا هل هي شرط تمام يؤمر به عند الدخول، أو شرط صحة يؤمر به عند العقد، واتفقوا على أنه لا يجوز نكاح السر، واختلفوا إذا أشهد شاهدين ووصيا بالكتمان هل هو سر أو ليس بسر؟ فقال مالك: هو سر ويفسخ، وقال أبو حنيفة والشافعي: ليس بسر، وسبب اختلافهم: هل الشهادة في ذلك حكم شرعي أم إنما المقصود منها سد ذريعة الاختلاف أو الإنكار، فمن قال: حكم شرعي، قال: هي شرط من شروط الصحة، ومن قال: توثق، قال: من شروط التمام" (بداية المجتهد ١٧/٢، مصطفى البابي الحلبي مصر).

[٥] – وفي (ن، ع): "شرط لصحته".

تزوج امرأة بغير شهود بشرط أن يعلناه يجوز عنده، ولو شرط الكتمان عند حضرة الشهود لا يجوز عنده.

٦- وينعقد بلفظ الماضي، وإن كان اللفظ للإخبار وضعاً صار للإنشاء شرعاً[١] وكذا إن كان أحد اللفظين مستقبلاً.

روي عن أبي حنيفة رحمه الله إذا قال الرجل لآخر: زوج ابنتك مني فقال: زوجتك بمحضر من الشهود، فالنكاح واقع لازم وإن لم يقل قبلت[٢].

٧- وكذا لو قال للمرأة: زوجي نفسك مني، فقالت: زوجتك، ينعقد النكاح؛ لأن الواحد يتولى بطرفي[٣] عقد النكاح عندنا[٤]، وعلى هذا الخلع، والكفالة، والهبة، والإبراء عن الدين، وبيع العبد من نفسه، ولا يحتاج إلى القبول[٥].

---

[١] - قال المؤلف في الهداية: "لأن الصيغة وإن كانت للإخبار وضعاً فقد جعلت للإنشاء شرعاً دفعاً للحاجة" وهو أوضح، (الهداية مع فتح القدير ١٧٥/٣ دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان).

[٢] - زاد في (م): "فسكت".

[٣] - وفي (ن، ع): لأن الواحد يتولى الطرفين في الخ، وفي الهداية: "الواحد يتولى طرفي النكاح" (الهداية مع فتح القدير ١٨٦/٣ دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان).

[٤] - وفي البدائع: "ينعقد استحساناً والقياس أن لا ينعقد؛ لأن لفظ الاستقبال عدة، والأمر من فروع الاستقبال، فلم يوجد الاستقبال، فلم يوجد الإيجاب، إلا أنهم تركوا القياس لحديث بلال" (ر: بدائع الصنائع ٣٤٦/٢ دار الفكر، بيروت - لبنان).

[٥] - أي إذا قال: زوجي نفسك مني فقال: زوجت، كفى لانعقاد النكاح، ولا يحتاج إلى القبول من الرجل.

٨- والعدالة والذكورة[١] في الشهود ليست بشرط عندنا خلافاً للشافعي، وكل من كان أهلاً للولاية فهو أهل للشهادة، ومن ملك نكاح نفسه ينعقد نكاح غيره بحضرته كالفاسق والأعمى عند وجود العدد، وذكر في شرح السير الكبير: أن النكاح ينعقد بشهادة الأصمين؛ لأن الشرط حضور الشهود دون السماع[٢]، وقيل: لا يصح ما لم يسمع كل واحد من العاقدين كلام صاحبه، ويسمع الشاهدين معاً، حتى لو سمع أحد الشاهدين كلامهما ولم يسمع الآخر لا يصح، فإن أعاد لفظ النكاح

---

١ - المسئلة على ثلاثة أوجه: أما الحدود والقصاص فتشترط الذكورة فيهما بالاتفاق، والعقود المالية لا تشترط فيها، وهذا أيضاً متفق عليه، واختلفوا في العقود الأخرى من النكاح والوكالة والوصية، فلا تشترط فيها الذكورة عند أبي حنيفة رحمه الله خلافاً للشافعي (ر: الهداية ٤/١٥٥، كتاب الشهادة).

٢ - أفاد المؤلف أن الحضور كاف فلا يشترط السماع، وفيه خلاف، ففي البحر الرائق عن الخانية: وعامة المشايخ شرطوا السماع، ولم يشترط به القاضي الإمام علي السغدي، وثمرة الاختلاف تظهر في النائمين والأصمين، فعلى قول العامة لا ينعقد النكاح بحضورهما، وعلى قول السغدي ينعقد، وصحح قاضي خان في شرحه: أنه لا ينعقد بحضرة الأصمين، وجزم بأنه لا ينعقد بحضرة النائمين... فثبت بهذا أن الأصح ما عليه العامة كما صرح به في التجنيس، إذ المقصود من الحضور السماع، فقول الزيلعي ينعقد بحضرة النائمين على الأصح، ولا ينعقد بحضرة الأصمين على المختار ضعيف، بل لا فرق بينهما في عدم الانعقاد على الأصح لعدم السماع وقال ابن نجيم: ولقد أنصف المحقق الكمال حيث قال: ولقد أبعد عن الفقه وعن الحكمة الشرعية من جوزه بحضرة النائمين (ر: البحر الرائق ٣/٩٤ دار المعرفة، بيروت – لبنان).

فسمع الآخر، ولم يسمع الأول، لا يصح أيضاً، والصحيح[1] أنه يصح؛ لأن سماع الشهود قد حصل في مجلس واحد[2].

٩- رجل بعث كتاباً [لأمرأة][3] ليخطبها، فقالت المرأة بمحضر من الشهود: زوجت نفسي منه، لا يصح النكاح؛ لأن سماع الشهود كلام

---

[1] - فقد اختلف التصحيح في اشتراط سماع الشاهدين معاً، فنقل في الذخيرة روايتين عن أبي يوسف، وجزم في الخانية بأنه شرط فكان هو المذهب، فلو سمعا كلامهما متفرقين لم يجز ولو اتحد المجلس، فلو كان أحدهما أصم فسمع صاحب السمع ولم يسمع الأصم حتى صاح صاحبه في أذنه أو غيره لا يجوز النكاح حتى يكون السماع معاً كذا في الذخيرة، ونص به الحصكفي وقال: "وشرط حضور شاهدين حرين أو حر وحرتين مكلفين سامعين قولهما معاً على الأصح"، ورجح الكاساني أيضاً شرط سماع الشاهدين معاً ونصب دليله؛ لأن الشهادة أعني حضور الشهود شرط ركن العقد، وركن العقد هو الإيجاب والقبول، فإذا لم يسمعا كلامهما لا تتحقق الشهادة عند الركن فلا يوجد شرط الركن" والله أعلم، (ر: بدائع الصنائع ٣٧٩/٢، دار الفكر بيروت - لبنان، البحر الرائق ٩٤/٣، دار المعرفة بيروت - لبنان، رد المحتار ٢١/٣، ٢٢ ط كراتشي).

[2] - لم يذكر المؤلف فهم الشاهدين فقد اختلف المشايخ فيه أيضاً، فجزم في التبيين والجوهرة والظهيرية أنه يشترط فهم أنه نكاح، واختاره في الخانية، لكن في الخلاصة: إذا تزوج امرأة بالعربية والزوج والمرأة يحسنان العربية والشهود لا يعرفون العربية اختلف المشايخ فيه، والأصح أنه ينعقد (ر: البحر ٩٥/٢ دار المعرفة بيروت - لبنان).

[3] - ما بين القوسين زدناه من فتاوى النوازل: ١٦١ دار الإيمان.

العاقدين شرط، حتى لو قرأت على الشهود، ثم قالت: أشهدوا أني قد زوجت نفسي منه[1] يصح؛ لأنهم سمعوا كلام الخاطب بإسماعها إياهم قراءة.

١٠- الأب إذا أمر رجلاً بأن يزوج ابنته الصغيرة فزوجها، والأب حاضر بشاهد واحد جاز؛ لأن الأب يجعل مباشراً للعقد، والمأمور له معبراً عنه، فبقي المزوج[2] والآخر شاهداً[3]، وإن كان الأب غائباً لم يجز إلا بشهادة شاهدين، وعلى هذا قالوا: الأب إذا زوج ابنته البالغة بحضرتها[4] بشاهد واحد جاز، وإن كانت غائبة لم يجز[5]؛ لأن الأب مباشر مع شاهد واحد.

١١- رجل بعث قوماً لخطبة امرأة إلى أبيها، فقال أبوها: زوجت، تكلموا فيه، والصحيح[6] أنه يصح النكاح؛ لأنا جعلنا المتكلم منهم

---

[1] - "منه" ساقط من (ن).

[2] - وفي (ن): "الزوج" مكان "المزوج".

[3] - أي من أمر رجلاً بأن يزوج ابنته الصغيرة فزوجها والأب حاضر بشهادة رجل واحد سواهما أي الوكيل والأب جاز النكاح؛ لأن المجلس متحد فجاز أن يكون العقد الواقع من المأمور حقيقةً كالواقع من الآمر حكماً لكون الوكيل في باب النكاح سفيراً ومعبراً، ومن كان بهذه المنابة ينعقد النكاح (ر: الهداية مع فتح القدير ١٩٧/٣ دار الكتب العلمية بيروت - لبنان).

[4] - في (ن، ع): "بمحضرها".

[5] - لأن البنت البالغة إن كانت حاضرة أمكن اعتبار الأب شاهداً للضرورة، وأما إذا كانت غائبة فلا.

[6] - وعليه الفتوى، كذا في الهندية معزياً إلى محيط السرخسي والتجنيس (ر:

خاطباً والباقي شاهداً.

١٢- وتقبل شهادة الوكيل إن قال: إن هذه امرأة هذا، وإن قال: إني زوجتها منه لا تقبل.

١٣- ولو تزوج امرأة بشهادة ابنيه من غيرها أو بشهادة ابنيها من غيره يجوز، وإن تزوج بشهادة ابنيه منها[1] يجوز في ظاهر الرواية.

١٤- ولو زوج ابنته بشهادة ابنيه، إن كانت البنت صغيرة لا تجوز شهادتهما لأبيهما[2] بالإجماع، وإن كانت كبيرة لا تجوز أيضاً عند أبي يوسف[3] رحمه الله خلافاً لمحمد[4] رحمه الله، ولكن النكاح يصح بحضورهما. أما إذا أنكر الأب فشهادتهما للزوج على الأب تقبل، وعلى الأخت تقبل أيضاً إذا أنكرت.

١٥- المرأة إذا كانت متنقبة فقال الرجل: تزوجت هذه، وقالت المرأة: زوجت نفسي منه، فسمع الشهود جاز؛ لأنها معلومة بالإشارة.

ويجوز للشهود أن يكشفوا وجهها وينظروا إليها احتياطاً لأداء الشهادة عند الحاجة.

الهندية ١/٢٦٨، دار الفكر).

[1] - وفي (م): "منهما"، وصورة التزويج بحضرة ابنيهما أن تقع الفرقة بين الزوجين ثم يعقدا بحضور ابنيهما.

[2] - وفي (ن و ع): "لأبيهما" ساقط.

[3] - تقدمت ترجمته في الجزء الأول من الكتاب.

[4] - تقدمت ترجمته في الجزء الأول من الكتاب.

١٦- أما الغائبة لا يصح نكاحها إلا بتعريف اسمها واسم أبيها[١]، وإن ذكر اسمها لا غير، إن كان[٢] الشهود يعرفونها جاز؛ لأن المقصود من ذكر اسم أبيها التعريف، وقد حصلت المعرفة باسمها.

١٧- امرأة جعلت أمرها في يد رجل، فقال الرجل بمحضر من الشهود: تزوجت من نفسي[٣] امرأة، جعلت أمرها في يدي على كذا، يجوز النكاح عند الخصاف[٤]، وإن لم يذكر اسمها

---

[١] - وفي الهندية: امرأة وكلت رجلاً ليزوجها من نفسه فقال الوكيل: بحضرة الشهود تزوجت فلانة ولم يعرف الشهود لا يجوز النكاح ما لم يذكر اسمها واسم أبيها وجدها؛ لأنها غائبة، والغائبة تعرف بالتسمية كذا في محيط السرخسي، وكان القاضي الإمام ركن الإسلام علي السغدي في الابتداء لم يشترط ذكر الجد ثم رجع في آخر عمره، وكان يشترطه، وهو الصحيح وعليه الفتوى كذا في المضمرات (الفتاوى الهندية ٢٦٨/١ دار الفكر)، أقول هذا مبني على العرف في تعريف الأشخاص، أما في عصرنا فيكتفي على اسم الأب فينبغي أن يفتى بما قال المؤلف في زمننا والله أعلم.

[٢] - في النسخ الثلاث: "كانت" والصواب ما كتبناه كما في فتاوى النوازل والبحر.

[٣] - كذا في (ن،ع)، وفي البحر: "زوجت نفسي من موكلتي".

[٤] - وجوز الخصاف النكاح مطلقاً، قال قاضي خان: "والخصاف كان كبيراً في العلم يجوز الاقتداء به وذكر الحاكم الشهيد في المنتقى كما قال الخصاف (ر: البحر الرائق ٩٥/٣ دار المعرفة بيروت - لبنان).

وفي منحة الخالق على البحر الرائق: هذا ليس من كلام قاضي خان، وإنما نقله عن شمس الأئمة، ونص كلامه في الفتاوى: وقال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله: هذا قول الخصاف، أما على قول مشايخنا ومشايخ بلخ رحمهم

ونسبها[1]، ولو سمع الشهود كلام امرأة ولم يروا شخصها، إن لم يكن في هذا البيت إلا هذه المرأة يجوز، وإلا فلا.

١٨- رجل وامرأة أقرا بالنكاح، بأن قالا بين يدي الشهود: مازن وشوئيم[2] لا ينعقد النكاح [إن أرادا الإنشاء ما لم يجددا عقداً[3]] وهو

الله: لا يجوز ما لم يذكر اسمها ونسبها ثم قال شمس الأئمة: وإن خصافاً كان كبيراً في العلم يجوز الاقتداء به الخ (٣/٩٥ دار المعرفة بيروت - لبنان).
والخصاف هو أحمد بن عمر، وقيل: عمر بن مهير وقيل: مهران الشيباني، أبو بكر الخصاف، والخصاف يقال لمن يخصف النعل وإنما اشتهر بالخصاف، لأنه كان يأكل بصنعته، قال ابن النجار: وذكر بعض الأئمة أن الخصاف كان زاهداً ورعاً يأكل من كسبه، وقد ذكره العلامة شمس الدين أحمد المعروف بابن كمال باشا في طبقة المجتهدين في المسائل التى لا رواية فيها عن صاحب المذهب، وقال شمس الأئمة الحلواني: الخصاف رجل كبير في العلم، وهو ممن يصح الاقتداء به، ولادته حوالي سنة ١٨١هـ، وتوفي سنة٢٦١هـ، أخذ الفقه عن عمرو بن مهير عن الحسن عن أبي حنيفة، روى الحديث عن أبيه، وعن عاصم عن نبيل وهشام بن عبد الملك، وابراهيم بن بشار الرمادي ومسدد بن مسرهد وغيرهم من المحدثين، وله مصنفات كثيرة، منها: أحكام الأوقاف، وكتاب أدب القاضي، الذي شرحه الصدر الشهيد، وكتاب الحيل، وكتاب الشروط الكبير، وكتاب الشروط الصغير، وكتاب النفقات، وغيرها من الكتب (الفوائد البهية ٢٩، الجواهر المضية ١/ ٢٣، تاج التراجم ٩٧).

[1] - وفي (ن،ع): "أبيها".

[2] - نحن زوج وزوجة.

[3] - ما بين القوسين ساقط من (ن،ع).

المختار[1]؛ لأن النكاح إنشاء، وهذا إظهار عما كان، والإنشاء غير الإخبار.

١٩- ولو قال الشهود لهما: رضيتما بهذا؟ فقالا: رضينا، لا يكون نكاحاً؛ لأن الرضا يعمل في العقد، ولا عقد هنا[2]، وإن قالوا[3]: جعلتما نكاحاً؟ فقالا: نعم، يكون نكاحاً جديداً[4].

٢٠- ذكر في فتاوى الصدر[5]: رجل تزوج امرأة بشهادة الله ورسوله لا ينعقد النكاح، وقيل: يكفر به؛ لأنه اعتقد أن الرسول -ﷺ-

---

[1] - وفي الخانية: "لأن الإقرار إخبار عن أمر متقدم ولم يتقدم، وذلك كذب محض" (قاضي خان على هامش الفتاوى الهندية ٣٢٢/١ دار الفكر).

[2] - قال قاضي خان: "لأن الإجازة تنفيذ للعقد وليست بإنشاء" (الخانية ٣٢٣/١ دار الفكر).

[3] - وفي (ن،ع): "قالا".

[4] - لأن الجعل عبارة عن الإنشاء كما في الخانية (٣٢٣/١ دار الفكر).

[5] - فتاوى الصدر ذكره التاتارخانية، وهو فتاوى الخاصى المسماة بالكبرى تاليف القاضى نجم الدين يوسف بن احمد الخوارزمي المعروف بفطيس المتوفى سنة ٦٣٤، كانت للصدر الشهيد فبوبها كالفتاوى الصغرى كذا في فهرس جامع الفصولين، ذكر أنه رتب فيها المتفرقات من فتاوى الإمام الصدر الشهيد واقتصر على تقرير الأجناس.

والفتاوى الصغرى للشيخ الإمام عمر بن عبد العزيز المعروف بحسام الدين الشهيد المقتول سنة ٥٣٦هـ، وهي التى بوبها نجم الدين يوسف بن أحمد الخاصي كالكبرى (كشف الظنون لحاجى خليفة ٢/ ١٢٢٤- ١٢٢٥).

يعلم الغيب[1].

٢١- ويجوز تحمل الشهادة على التسامع[2] في النكاح إذا سمعوا من عدول ثقات[3]، وإن فسّروا عند القاضي لم تقبل الشهادة.

٢٢- ووكيل المرأة إذا غلط في اسم أبيها عند العقد لا ينعقد النكاح إذا كانت غائبة، وكذا الأب إذا غلط في اسم ابنته عند العقد، ولو كانت حاضرة يجوز إذا أشار إليها[4].

٢٣- وكذا أب الزوج إذا أضاف العقد إلى نفسه حالة القبول يقع العقد له دون ابنه، هو المختار، وهذا أمر[5] يحتاط فيه[6]، إلا إذا أضاف

---

[1] - وفي الخانية: رجل تزوج امرأة بشهادة الله ورسوله كان باطلاً لقوله -ﷺ-: "لا نكاح إلا بشهود" وكل نكاح يكون بشهادة الله، وبعضهم جعلوا ذلك كفراً؛ لأنه يعتقد أن الرسول -ﷺ- يعلم الغيب وهو كفر (١/٣٣٤ دار الفكر).

[2] - وفي الغياثية: "قال أصحابنا: خمس مسائل، في أربع يصح تحمل الشهادة فيها بالتسامع بالإجماع إحداها: النسب، الثانية: الموت، الثالثة: النكاح، الرابعة: القضاء، الخامسة: اختلفوا وهو الولادة" (الغياثية ١/ ١٦٨).

[3] - لأن هذه الشهادة تكفي للتحمل لا للأداء.

[4] - وقال قاضي خان: "لو كانت المرأة حاضرة فقال الأب: زوجتك ابنتي فاطمة هذه، وأشار إلى عائشة وغلط في اسمها، وقال الزوج: قبلت، جاز النكاح" (ر: فتاوى قاضي خان ١/٣٢٤ دار الفكر).

[5] - وفي (ن، ع): "هذا الأمر".

[6] - وقد فصل ابن نجيم معزيا إلى الظهيرية: "لو قال أبو الصغيرة لأبي الصغير: زوجت ابنتي ولم يزد عليه شيئاً، فقال أبو الصغير: قبلت، يقع النكاح للأب هو الصحيح، ويجب أن يحتاط فيه فيقول: قبلت لابني" (ر: البحر الرائق

أب البنت العقد إلى ابنه يقع لابنه.

٢٤- رجل له ابنة واحدة، فقال: زوجت ابنتي، ولم يذكر اسمها جاز.

ولو كانت له بنتان فذكر في نكاح الكبرى اسم الصغرى ينعقد النكاح على الصغرى[١].

٢٥- وإن كانت للمرأة اسمان أيهما أعرف ينعقد النكاح بذكره دون الآخر[٢].

٢٦- امرأة وكلت رجلاً بالتزويج لرجل، ليس للوكيل أن يزوجها من نفسه للمخالفة والغرر[٣]، وكذا لا يجوز أن يزوجها لمن لا تقبل شهادة له[٤] كما في الوكيل بالبيع وكذا الوكيل من جانبه[٥].

ولو أضاف الوكيل العقد إلى نفسه يقع العقد له دون مؤكله؛ لأن الوكيل إذا خالف في شيء معين يقع العقد لنفسه[٦] فصار هو كالرسول.

ولو قالت: زوجني ممن شئت أو من رجل، فزوجها من نفسه لم

٨٩/٣ دار المعرفة بيروت لبنان والخانية مع الهندية ٣٢٥/١ دار الفكر).

[١] - انظر لتفصيل هذه المسئلة: الهندية (٢٧٠/١ دار الفكر).

[٢] - والأصح أن يجمع بين الاسمين كذا في الهندية ٢٧٠/١، دار الفكر.

[٣] - وفي (م): "الغرور".

[٤] - في (م): "شهادته".

[٥] - وفي (م): "وكذا من جانبه".

[٦] - لأن الوكيل في النكاح سفير ومعبر ولا ترجع حقوق العقد إليه (ر: الهداية مع الفتح ٣/ ١٩٧، ط الطبعة الرشيدية كوئته باكستان).

يجز؛ لأن المعرفة لا تدخل تحت النكرة.

٢٧- رجل وكلّ رجلاً بأن يزوجه امرأة بعينها على مهر مسمى فزاد الوكيل في المهر لا ينفذ، فإن لم يعلم بها حتى دخل بها، بقي الخيار، إن شاء أمسكها وإن شاء فسخه، ولها الأقل من المسمى[١]، ومن مهر المثل؛ لأن الدخول بحكم[٢] النكاح الموقوف كالدخول في النكاح الفاسد.

وإن ضمن[٣] الوكيل المهر بغير أمره وأدى لا يرجع.

٢٨- وإن ذكر الزوج النكاح، ولم يذكر المهر، فقبلت المرأة النكاح، يصح، وفي عكسه لا يصح.

ولو قال الأب للزوج: زوجتك ابنتي على ألف درهم، فقال الزوج: قبلت النكاح وسكت عن المهر يصح النكاح على الألف، وإن قال: لا أقبل المهر لا يصح النكاح.

---

[١] - هذا إذا رد الزوج، وإلا يجب المسمى، كما في الخانية، فالخيار باق إن أجاز كان عليه المسمى لا غير، وإن رد بطل النكاح، ويجب مهر المثل إن كان أقل من المسمى وإلا وجب المسمى (ر: الفتاوى الخانية ٣٤٧/١ دار الفكر).

[٢] - كذا في النسخ الثلاث، وفي البحر: "وحكم الدخول في النكاح الموقوف كالدخول في الفاسد" (ر: البحر الرائق ١٨١/٣ دار المعرفة بيروت لبنان).

[٣] - وقال قاضي خان: "وإن لم يرض الزوج بالزيادة، فقال الوكيل: أنا أغرم الزيادة، وألزمكما النكاح لم يكن له ذلك" (ر: الفتاوى الخانية ٣٤٧/١ دار الفكر)، وفي الفتح: "فإن كان الوكيل أو الرسول ضمن المهر وأخبرهم أنه أمره بذلك: ثم رد الزوج النكاح للزيادة في المهر لزم الوكيل والرسول نصف المهر وليس له أن يلزمه النكاح ويغرم هو الزيادة؛ لأنه لما لم يمتثل صار فضوليا" (فتح القدير ٣١٥/٣).

٢٩- ولو قال الأب لآخر: وهبت ابنتي منك[١] لتخدمك لا يصح النكاح، [ولو قالت المرأة لآخر وهبت نفسي منك فقال: قبلت، يصح النكاح[٢]]، لأن النكاح ينعقد بلفظ الهبة والتمليك عندنا كما ينعقد بلفظ الإنكاح والتزويج، وينعقد بلفظ البيع، [ولا ينعقد بلفظ الإجارة[٣]] هو الصحيح، وكذا بلفظ الإباحة والإحلال.

٣٠- ولو طلب من المرأة زنا فقالت: وهبت نفسي منك، لا يكون نكاحاً بل يكون تمكيناً من الزنا[٤].

٣١- رجل خطب امرأة، فقالت: إن أجاز أبي قبلت، لا يصح النكاح؛ لأن قولها "إن أجاز أبي" تعليق، والنكاح لا يحتمل التعليق.

٣٢- رجل خطب امرأة فقالت: لي زوج، فرد الخاطب، فقالت: إن لم يكن لي زوج تزوجت، فقبل الرجل[٥]، ولم يكن لها زوج، يجوز النكاح؛ لأن التعليق بشرط كائن تنجيز[٦].

---

[١] - وفي (ن، ع): "لك".

[٢] - ما بين القوسين ساقط في (م).

[٣] - ما بين القوسين ساقط في (م).

[٤] - كذا في الغياثية: (ص/٥٨).

[٥] - وفي (م): "الزوج" والصواب ما كتبناه كما في فتاوى النوازل ص: ١٦٤ دار الإيمان.

[٦] - وفي الخانية: "رجل طلب من امرأة نكاحاً بمحضر من الشهود، فقالت المرأة: لي زوج، فقال الرجل: ليس لك زوج، فقالت المرأة: إن لم يكن لي زوج فقد زوجت نفسي منك، وقبل الزوج ولم يكن لها زوج، قالوا: يجوز هذا النكاح،

٣٣- ولو قال المولى لعبده: زوجت أمتي منك على أن أمرها بيدي، أطلقها أي وقت أريد، فقبل العبد، جاز النكاح، ويكون الأمر بيد المولى؛ لأنه فوض الأمر إلى المولى، وصار كأنه قال: قبلت النكاح على أن أمرها بيدك كما تريد.

بخلاف قوله: زوجني أمتك على أن[١] أمرها بيدك، حيث لا يكون الأمر بيده؛ لأنه فوض الأمر بيده قبل النكاح وذا لا يصح، وكذا الحكم في نكاح بنته.

٣٤- وعلى[٢] هذا: المطلقة الثلاث إذا خافت على نفسها أن لا يطلقها المحلل، فالحيلة فيه أن تقول: زوجت نفسي على أن أمري بيدي، أطلق أي وقت شئت.

٣٥- العقود، والفسوخ من الفضولي تتوقف على إجازة المالك عندنا خلافاً للشافعي[٣] رحمه الله، سواء كان تمام العقد أو شطره[٤]، وعند أبي حنيفة ومحمد شطر العقد لا يتوقف؛ لأن شطر العقد لا يعتبر حالة الحضرة فكذا حالة الغيبة[٥]، والواحد يتولى طرفي عقد النكاح بأن كان

لأن التعليق بشرط كائن تنجيز" (الخانية على هامش الهندية ٣٢٨/١، دار الفكر).

[١] - "أن" ساقط في (م).

[٢] - وفي (م): "عن" ولعل الصواب ما كتبناه.

[٣] - فإنه يقول: تصرفات الفضولي كلها باطل.

[٤] - أي الإيجاب أو القبول.

[٥] - وفي البحر: لا يتوقف الإيجاب على قبول من كان غائباً عن المجلس بل يبطل ولا يلحقه إجازة وهذا بالاتفاق كما لو أوجب أحد المتعاقدين فلم يقبل

ولياً من الجانبين أو وكيلاً منهما أو ولياً[1] من جانب.

الآخر في المجلس فإنه يبطل الإيجاب... ثم اختلفوا في أن ما يقوم بالفضولي عقد تام فيصح أن يتولى الطرفين أو شطره فلا يتوقف فعند أبي حنيفة ومحمد شطر فيبطل وعند أبي يوسف عقد تام فيتوقف، لأنه لو كان مأموراً من الجانبين ينفذ فإذا كان فضوليا يتوقف ولهما أن الموجود شطر العقد لأنه شطر حالة الحضرة فكذا عند الغيبة وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس (البحر الرائق ١٤٩/٣ دار المعرفة بيروت – لبنان). وقد ذكر أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي ست مسائل: ثلاث منها تقف على الإجازة بلا خلاف، إحداها: أن الفضولي إذا قال: زوجت فلانة من فلان، وقبل عنه فضولي آخر، أو قال الرجل: تزوجت فلانة وهي غائبة، فأجابه فضولي، وقال: زوجتها منك، وقالت المرأة: زوجت نفسي من فلان الغائب، وقيل: عن فلان فضولي، توقف العقد على الإجازة في هذه الفصول الثلاثة بالاتفاق؛ لأنه عقد جرى بين اثنين فيكون تاماً موقوفاً على الإجازة، وفي ثلاث منها اختلاف إحداها: ما ذكر في الهداية وهو قوله: من قال: أشهدوا أني قد تزوجت فلانة، والثانية: أن تقول المرأة: زوجت نفسي من فلان، وفلان غائب ولم يقبل عنه آخر، والثالثة: أن يقول الفضولي: زوجت فلانة من فلان وهما غائبان ولم يقبل أحد، فعلى قولهما لا يتوقف العقد على إجازة الغائب، وهو قول أبي يوسف أولاً، وعلى قوله آخرا يتوقف (ر: العناية على هامش الفتح ٣٠٠/٣ دار الكتب العلمية بيروت – لبنان)، ولقد أوضح ابن الهمام أصل هذا الاختلاف، فقال: أصل هذا الخلاف اختلافهم في أن الواحد لا يصلح فضولياً من الجانبين أو فضولياً من جانب أصيلاً من جانب أو وكيلاً أو ولياً" (ر: فتح القدير ٢٩٩/٣ دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

[1] – وفي (م): "وولياً من جانب"، وفي فتاوى النوازل: أو وليا من جانب، ووكيلاً من جانب، أو وكيلاً من جانب وأصيلاً من جانب (فتاوى النوازل:١٦٥ دار الإيمان).

ولو كان فضولياً من الجانبين يتوقف عند أبي يوسف، كما لو كان مأموراً من الجانبين [فينفذ بالاتفاق][1].

وكذا [لو][2] فسخ الفضولي العقد قبل الإجازة ينفسخ عند أبي يوسف رحمه الله خلافاً لمحمد[3]. ولو جرى العقد بين الفضوليين يتوقف بالاتفاق.

---

[1] – ما بين القوسين زدناه تصحيحاً للمتن كما في البحر والهداية والفتاوى الهندية (ر: الهداية مع الفتح ٣/٣٠٠، البحر الرائق ٣/١٤٩، الفتاوى الهندية ١/٢٩٩).

[2] – ما بين القوسين زدناه تصحيحاً للمتن.

[3] – وفي البحر: "فحاصله أن كل عقد صدر من الفضولي في النكاح فإنه لا يملك نقضه قولاً ولا فعلاً؛ لأنه لا عهدة عليه ليتخلص منها، ... وفي باب البيع يملك الرجوع بالإجماع، لأن الرجوع فرار عن العهدة في باب البيع بخلاف النكاح" (ر: البحر الرائق ٣/١٤٩ دار المعرفة بيروت – لبنان).

فصل في بيان المحرمات

٣٦- الأصل فيه قوله تعالى: ﴿حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم الآية[١]﴾ قال ابن عباس رضي الله عنهما: جميع المحرمات في النكاح أربع عشرة بالنص، سبع منها بالنسب، وهي: الأم، والبنت، والأخت، والعمة، والخالة، وبنات الأخ، وبنات الأخت، وسبع منها بالسبب، وسبع من هذه الجملة حرام حرمة مؤبدة[٢].

٣٧- امرأة الأب تحرم على ابنه بمجرد النكاح وكذا امرأة الابن تحرم على أبيه وحده بمجرد النكاح كأم امرأته بخلاف بنت المرأة وهي

[١] - (النساء: ٢٣) تثبت الرواية عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: حرم من النسب سبع ومن الصهر سبع وتلا هذه الآية، رواه البخاري تعليقاً (فتح الباري٩/١٥٣ كتاب النكاح دار المعرفة).

[٢] - وقد فصل قاضي خان وحاصله: حرمة النكاح على نوعين: مؤبدة وغير مؤبدة، فالمؤبدة تثبت بالنسب والرضاع والصهرية...، وأما المحرمات لا على سبيل التأبيد تسعة، منها الزيادة على العدد المشروع، ومنها الجمع بين الأختين نكاحاً، ومنها الجمع بين الأختين إذا وطي الرجل أخت امرأته بشبهة تجب العدة على الموطوءة وما لم تنقض عدتها لا يحل له أن يطأ المنكوحة ومنها الجمع بينهما وطأ حكما كما إذا ملك أخت منكوحة لم يطأ المملوكة، ومنها إذا جمع بين الأختين في نكاح وعدة نكاح، ومنها الجمع بين الأختين نكاحاً وعدة عتاق، ومنها الجمع بين ذواتي رحم محرم، ومنها: الجمع بين الحرة والأمة في النكاح (ر: الفتاوى الخانية ١/٣٦٠-٣٦٥ دار الفكر).

لا تحرم على زوج أمها ما لم يدخل بالأم[1].

٣٨- وبنات الرشدة، وبنات الزنية سواء في الحرمة عندنا خلافاً للشافعي[2] رحمه الله في البنت المخلوقة من ماء[3] الزنـــا؛ لأن الجزئيـــة والبعضية لا تختلف بالملك وعدمه، وإنها علة صالحة للحرمة.

٣٩- نكاح الأخت في عدة الأخت لا يجوز عندنا ســواء كــان الطلاق رجعياً أو بائناً خلافاً للشافعي رحمه الله في الطلاق البائن[4].

٤٠- وكذا نكاح عمتها وخالتها في عدتها لقوله عليه السلام: "لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها[5]" الحديث، وهذا الخبر مــشهور

---

[1] - لثبوت قيد الدخول بالنص وهو قوله تعالى: ﴿وربائبكم اللاتي في حجــوركم مــن نسائكم اللاتي دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم﴾ (النساء: ٢٣).

[2] - وفي شرح المهذب: "لا تحرم بالزنا أمها ولا ابنتها، وقال الشافعي رحمه الله: أكره أن يتزوجها فإن تزوجها لم أفسخ، فمن أصحابنا من قــال: إنمــا كــره ليخرج من الخلاف (ر: المجموع شرح المهذب ٢١٩/١٦، دار الفكر).

[3] - "ماء" ساقط من (ن).

[4] - وقال الشافعي رحمه الله: حلت له الأخرى؛ لأنه لم يجمع بينهما في الفــراش (ر: شرح المهذب ٢٢٣/١٧).

[5] - حديث: " لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة أختها" أخرجه مسلم وأبوداود، كلهم عن أبي هريــرة مرفوعــاً: "لا تنكح المرأة على عمتها، ولا العمة على بنت أخيها، ولا المرأة على خالتهــا، ولا الخالة على بنت أختها، ولا تنكح الكبرى على الصغرى، ولا الــصغرى على الكبرى" واللفظ لأبي داود (ســنن أبــي داود ١٨٣/٢ حــديث: ٢٠٦٧، ومسلم ١٣٥/٤، حديث: ٣٥٠٢).

وبمثله يزاد على الكتاب، والجمع بين الأختين حرام وطياً[1]، والنكاح وملك اليمين فيه سواء، والقرابة والرضاع فيه سواء؛ لأن الجمع بينهما يفضي إلى قطيعة الرحم.

٤١- والقرابة المحرمة للنكاح محرمة للقطع[2]، والأصل فيه أن نكاح إحدى امرأتين لا يجوز على الأخرى على تقدير أنها[3] لو كانت ذكراً لا يجوز الجمع بينهما، وتصور الذكورة من الجانبين شرط عندنا، وعند زفر رحمه الله من جانب واحد يكفي للحرمة، والاختلاف يظهر في الجمع بين امرأة وبنت أو عمتها[4] من قبل، أو بين امرأة وبين موطوءة أبيها[5].

---

[1] - لقوله تعالى: ﴿وأن تجمعوا بين الأختين﴾ (الآية: النساء/ ٢٣).

[2] - أي محرمة للنكاح لما فيه من القطع لاشتماله على معنى الإرقاق والإذلال، ولأن العادة أنه يقع التشاجر بين الضرتين فيفضي إلى القطيعة.

[3] - والأولى أن يقال: لو كانت إحداهما ذكرا لم يحل له نكاح الأخرى، وفي الهندية: "الأصل أن كل امرأتين لو صورنا إحداهما من أي جانب ذكرا لم يجز النكاح بينهما برضاع أو نسب، لم يجز الجمع بينهما هكذا في المحيط (الفتاوى الهندية١/ ٢٧٧ دار الفكر).

[4] - في (ن، ع): "عمها".

[5] - لقد أوضح أكمل الدين محمد محمود البابرتي وحاصله: قال زفر: لا يجوز بأن يجمع بين امرأة وبنت زوج كان لها من قبل؛ لأن ابنة الزوج لو قدرتها ذكراً لا يجوز له التزوج بامرأة أبيه، وعندنا لا بأس به؛ لأنه لا قرابة بينهما ولا رضاع؛ لأن امرأة الأب لو صورتها ذكراً جاز له التزوج بهذه، والشرط أن يصور ذلك من كل جانب، ونسب في المبسوط قول زفر إلى ابن أبي

٤٢- وإن تزوج أختين في عقدة واحدة بطل نكاحهما لعدم الأولية[١] منهما، وإن تزوجهما[٢] على التعاقب صح نكاح الأولى، وبطل نكاح الثانية[٣]، ويفرق القاضي بينهما، ولا شيء عليه إن لم يدخل بها، وإن كان دخل بها فلها الأقل من المسمى ومن مهر المثل، ولا حد عليه[٤]، ولا عليها للشبهة، وعليها العدة صيانة للرحم، وينعزل عن امرأته الأولى حتى تنقضي عدة الثانية، سواء دخل بالأولى أو لم يدخل؛ لأن الأولى مدخول بها حكماً، والثانية مدخول بها حقيقةً، فلا يجمع بينهما وطياً.

٤٣- لكن إذا تزوج أخت أمته الموطوءة، جاز النكاح ولكن لا يطأ واحدة منهما ما لم يحرم وطي الأمة الموطوءة على نفسه بسبب من الأسباب؛ لأن الأمة موطوءة حقيقة والمنكوحة موطوءة حكماً، فلا يجمع بينهما وطئاً[٥]، وإن تزوجهما في عقدين ولا يدري أيهما أولى فرق بينه وبينهما؛ لأن نكاح إحداهما باطل بيقين ولا وجه إلى التعيين لعدم الأولوية، ولا إلى التنفيذ مع الجهل لعدم الفائدة، فتعيّن التفريق، ولهما

ليلى، (ر: العناية على هامش الفتح ٢١٨/٣).

[١] - وفي (ن، ع): "الأولوية".

[٢] - وفي النسخ الثلاث: "تزوجها" والصواب ما كتبناه.

[٣] - وهكذا الحكم في ما إذا تزوج أختين في عقدتين ولا يدري أيتهما أولـــى (ر: الهندية ٢٧٧/٣ دار الفكر).

[٤] - "لا حد عليه" ساقط من (ن).

[٥] - وفي (ن،ع): "وطأ" ساقط.

نصف المهر؛ لأنه وجب للأولى منهما، إلا أن الأولوية انعدمت للجهل فينصرف إليهما، وقيل: لابد من دعوى كل واحدة منهما أو الاصطلاح[١] بجهالة[٢] المستحقة.

٤٤- رجل له أمتان أختان قبلهما بشهوة لا يجوز له أن يجامع واحدة منهما ولا مسهما حتى يحرم إحداهما على نفسه بتزويج أو تمليك لآخر. ودواعي الوطي بمنزلة الوطي فيه، والجمع بين الأختين وطياً حرام، وكذا في الدواعي.

٤٥- وطي الصغيرة التي لا تشتهى لا يوجب الحرمة وهي بنت ست سنين، وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافاً لأبي يوسف[٣] رحمه الله.

---

[١] - وفي الهندية: قال أبو جعفر الهندواني: معنى المسئلة إذا ادعت كل واحدة الأولوية ولا حجة لهما فيقضى بنصف المهر لهما، أما إذا قالتا لا ندري أي العقدين أول فلا يقضى بشيء حتى يصطلحا، كذا في غاية السروجي، وصورة الاصطلاح هي أن تقولا عند القاضي: لنا عليه المهر وهذا الحق لا يعدونا فنصطلح على أخذ نصف المهر فيقضي القاضي كذا في النهاية، وإذا برهنت كل واحدة على السبق فعليه نصف المهر بينهما بالاتفاق، (ر: الهندية ٢٧٨/١ دار الفكر).

[٢]- هكذا في النسخ الثلاث، وفي الهداية: "لجهالة" (٣٠٨/٢).

[٣] - كذا في الخانية، وعن أبي يوسف في النوادر: إذا وطىء جارية هي بنت خمس سنين في الدبر وماتت ولا يدري أنها كانت تشتهى حرمت عليه أمها" (ر: الفتاوى الخانية ٣٦١/١ دار الفكر).

٤٦- والمشتهاة[١] هي التي لها من العمر تسع سنين[٢]، وما بينهما مشكل هو الصحيح؛ لأنه غير مفض إلى الوطي بخلاف الصوم[٣] حيث لا يفسد الصوم بالمس ما لم ينزل حتى يصير مواقعة[٤] معنى، وهنا إذا اتصل به الإنزال لم يبق سبباً للوطي فلا يوجب حرمة المصاهرة.

٤٧- امرأة أدخلت في فرجها ذكر صبي، وهو ليس من أهل الجماع لا يثبت به التحريم والتحليل.

٤٨- ولو أتى امرأة في دبرها أو نظر إليه لا يوجب حرمة المصاهرة، وكذا لو مس امرأة بشهوة فأمنى[٥].

---

[١] - وفي (م): "والمشتهى" والصحيح ما كتبناه.

[٢] - في الهندية: والفتوى على أن بنت تسع سنين محل الشهوة لا ما دونها كذا في معراج الدراية، وقال الفقيه أبو الليث: ما دون تسع سنين لا تكون مشتهاة وعليه الفتوى (ر: ٢٧٥/٣ دار الفكر).

[٣] - وفي الهداية ما يوضحه: ومن مسته امرأة بشهوة حرمت عليه أمها وابنتها، وقال الشافعي: لا تحرم، له أن المس والنظر ليسا في معنى الدخول، ولهذا لا يتعلق بهما فساد الصوم، والإحرام، ووجوب الاغتسال فلا يلحقان به، ولنا أن المس والنظر سبب داع إلى الوطء فيقام مقامه في موضع الاحتياط، وقال في العناية: وفساد الصوم والإحرام ليس من باب حرمة الأبضاع حتى يقوم السبب فيه مقام الوطء (الهداية مع فتح القدير والعناية٢١٥/٣ دار الكتب العلمية بيروت - لبنان).

[٤] - أي إذا مس الرجل أو قبل امرأته وأنزل فسد صومه وإن لم ينزل لم يفسد صومه (الهندية٢٠٤/١ دار الفكر).

[٥] - لأنه بالإنزال تبين أنه غير مفض إلى الوطي، كذا في البحر وفي غاية البيان وعليه الفتوى (ر: البحر الرائق ١٠٨/٣ دار المعرفة).

ولهذا قيل: هو وقت الدخول بها، والصحيح أنه لا عبرة له وإنما العبرة للطاقة[1].

٤٩- وتفسير الشهوة[2] أن تنتشر آلته أو يزداد أو يتحرك أو ميلان القلب[3] إن كان شيخاً كبيراً[4] لا بالتحرك.

٥٠- ومس المرأة بشهوة كمس الرجل في الحرمة، ويكتفي بشهوة إحداهما في الحرمة[5]، والمراهق والمراهقة كالبالغ والبالغة فيه.

---

[1] - هكذا في النسخ الثلاث وهو غير واضح فإليك ما في الهندية: "واختلفوا في وقت الدخول بالصغيرة، فقيل: لا يدخل بها ما لم تبلغ، وقيل: يدخل بها إذا بلغت تسع سنين، وأكثر المشايخ على أنه لا عبرة للسن في هذا الباب وإنما العبرة للطاقة" (الهندية ٢٨٧/١ دار الفكر).

[2] - في البحر: "والعبرة لوجود الشهوة عند المس والنظر، حتى لو وجدا بغير شهوة ثم اشتهى بعد الترك لا تتعلق به حرمة" (ر: البحر الرائق ١٠٨/٣ دار المعرفة بيروت لبنان).

[3] - وفي الهندية: "حد الشهوة في حق الشباب أن تنتشر آلته أو تزداد انتشاراً إن كانت منتشرة، وحد الشهوة في الشيخ والعنين أن يتحرك قلبه بالاشتهاء إن لم يكن متحركاً قبل ذلك، أو يزداد الإشتهاء إن كان متحركاً، وحد الشهوة في النساء والمجبوب هو الاشتهاء بالقلب والتلذذ به إن لم يكن، وإن كان فازدياده" (ر: الهندية ٢٧٥/٣ دار الفكر).

[4] - هناك تسامح، والأولى أن يقال: إذا كان شيخاً كبيراً لا يشترط تحرك الآلة، كذا في البحر: "وفي الفتح أن ميل القلب كاف في الشيخ والعنين اتفاقاً كذا في التجنيس" (ر: البحر الرائق ١٠٨/٣ دار المعرفة بيروت لبنان).

[5] - قال ابن نجيم: وأطلق في اللمس والنظر بشهوة فأفاد أنه لا فرق بين العمد والخطأ والنسيان والإكراه، وأطلق في اللمس فشمل كل موضع من بدنها

٥١- ومنكوحة الأب والابن حرام سواء كانت مدخولاً بها أو لم يكن.

٥٢- ولو مس امرأة أبيه أو ابنه، أو مس أم امرأته أو بنتها بشهوة تثبت الحرمة.

٥٣- ولو نظر إلى فرج امرأة بشهوة تثبت الحرمة، والمراد به الفرج الداخل[١] وهو الشق دون حواليه، وهو الصحيح، وعليه الفتوى؛ حتى لو نظر إلى فرجها وهي قائمة لا تثبت الحرمة، ولو نظر إلى فرجها فأمنى قيل: لا يوجب حرمة المصاهرة كما في المس وإليه مال شمس الأئمة[٢]،

(ر: البحر الرائق ١٠٦/٣، دار المعرفة بيروت - لبنان).

[١] - اختلف المشايخ في محل النظر فذكر ابن نجيم أن عند أبي يوسف رحمه الله النظر إلى منابت الشعر يكفي، وقال محمد: لا تثبت حتى ينظر إلى الشق، وعن أبي يوسف: لابد أن ينظر إلى فرج الداخل ولن يتحقق ذلك إلا إذا كانت متكئة، واختاره في الهداية وصححه في المحيط والذخيرة، وفي الخانية: وعليه الفتوى، وفي فتح القدير: وهو ظاهر الرواية؛ لأن هذا حكم تعلق بالفرج، والداخل فرج من كل وجه، والخارج فرج من وجه (ر: البحر الرائق ١٠٧/٣، ١٠٨، دار المعرفة بيروت - لبنان).

[٢] - شمس الأئمة السرخسي: هو محمد بن أحمد بن أبي سهل أبو بكر شمس الأئمة السرخسي كان إماماً علامة حجة متكلماً مناظراً أصولياً مجتهداً، لازم شمس الأئمة عبد العزيز الحلواني وأخذ عنه حتى تخرج به وصار أحد زمانه، أملى المبسوط نحو خمسة عشر مجلداً وهو في السجن بأوزجند، وله كتاب في أصول الفقه، وشرح السير الكبير، قيل: مات في حدود التسعين وأربع مأة، وقيل في حدود خمس مائة، (الفوائد البهية/ ١٥٨).

وعليه الفتوى[1].

٥٤- رجل نظر إلى فرج بنته بغير شهوة، فتمنى أن تكون جارية فوقعت منه شهوة، فإن كانت الشهوة على بنته حرمت عليه أمها، وإن كانت وقعت على ما عناها لم تحرم امرأته[2]؛ لأن النظر إلى فرج بنته لا يكون بشهوة.

٥٥- رجل فجر بامرأة، ثم تاب تكون محرماً عليه بنتها وأمها[3]؛ لأنه لا يجوز له نكاحهما.

٥٦- ولو مس امرأة على ثوب رقيق، إن كان تصل إليه حرارة بدنها تثبت الحرمة وإلا فلا[4].

٥٧- ولو مس شعرها بشهوة لا تثبت الحرمة، وقيل: تثبت به الحرمة[5] كما تثبت به الرجعة.

---

[1] - كذا في البحر (ر: ١٠٨/٣، دار المعرفة بيروت - لبنان).

[2] - في الهندية: "إذا نظر الرجل فرج ابنته بغير شهوة فتمنى أن يكون له جارية مثلها فوقعت منه شهوة مع وقوع بصره، قالوا: إن كانت الشهوة وقعت على ابنته حرمت عليه امرأته وإن كانت الشهوة وقعت على التي تمناها لا تحرم" (الفتاوى الهندية ٢٧٤/١، دار الفكر).

[3] - وفي البحر: يكون محرماً لابنتها؛ لأنه حرم عليه نكاح ابنتها على التأبيد (ر: البحر ١٠٨/٣، دار المعرفة بيروت - لبنان). وفي الخانية: "هذا دليل على أن المحرمية تثبت بالوطء الحرام وبما تثبت به حرمة المصاهرة" (ر: الفتاوى الخانية ٣٦٢/١، دار الفكر).

[4] - كذا في الهندية (٢٧٥/١، دار الفكر).

[5] - أطلق المؤلف "الحرمة" وفي الهندية تفصيل: "وهو أن يكون لو مس شعرها بشهوة إن مس ما اتصل برأسها تثبت، وإن مس ما استرسل لا

٥٨- والخلوة الصحيحة توجب الحرمة في أم امرأته[1] دون بنتها.

٥٩- ولو خلا بامرأة، وقال: لم أجامعها فصدقته المرأة لم يجز له أن يتزوج بأختها حتى تنقضي عدتها لقيام الخلوة مقام الدخول في حقها[2].

تثبت" (٢٧٤/١، دار الفكر).

[1] - لقوله تعالى: ﴿وأمهات نسائكم﴾ (النساء: ٢٣) من غير قيد الدخول فيحرم على الرجل أم زوجته بنفس العقد على البنت، ولا تحرم البنت حتى يدخل بالأم، لقوله تعالى: ﴿وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن﴾ (النساء:٢٣) (بدائع الصنائع ٤٠٩/٥، فصل المحرمات بالمصاهرة، الاختيار لتعليل المختار ٩٧/٣، دار الكتب العلمية).

[2] - قال ابن الهمام: "واعلم أن أصحابنا أقاموا الخلوة الصحيحة مقام الوطأ في حق بعض الأحكام: تأكد المهر، وثبوت النسب، والعدة، والنفقة والسكنى في مدة العدة، ومراعاة وقت طلاقها، ولم يقيموها مقامه في الإحصان، وحلها للأول، والرجعة والميراث، وحرمة البنات، يعني إذا خلا بامرأة ثم طلقها لا تحرم بناتها، (ر: فتح القدير ٣٢١/٣، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان) واختاره قاضي خان في فتاواه، ويوافقه ابن نجيم في البحر، لكن في رد المحتار على الدر المختار: أن الخلوة مقام الوطي في حرمة البنات أم لا؟ هذا مما وقع فيه الخلاف، قال أبو يوسف: تحرم، وقال محمد: لا تحرم، وما ادعاه من عدم الخلاف فهو ممنوع كما بسطه في النهر (ر: رد المحتار على الدر المختار ٣٧١/٢، البحر الرائق، ١٦٧/٣، دار المعرفة بيروت – لبنان) ووافقه في الذخيرة، فقال: "ومن أصحابنا من أقاموا الخلوة مقام الوطي في حرمة البنات" (ر: الفتاوى الهندية ٢٧٤/١، دار الفكر).

فصل في الأنكحة الفاسدة

٦٠- ويجوز تزويج الكتابيات[١]، سواء كانت حراً أو أمة عندنا على ما نبين.

٦١- ولا يجوز تزويج المجوسيات[٢]، ولا الوثنيات[٣]، ونكاح أهل الشرك نكاح فيما بينهم، وقال مالك: أنكحة الكفار كلها فاسدة[٤].

---

[١] - وفي البحر: والأولى أن لا يتزوج كتابية ولا يأكل ذبائحهم إلا لضرورة (١١٠/٣، دار المعرفة بيروت لبنان، وفتح القدير ٢١٨/٣ دار الكتب العلمية بيروت -لبنان).

[٢] - والمراد بالمجوس عبدة النار، وقد نقل في المبسوط عن علي رضي الله عنه إباحة نكاح المجوسية بناءً على أن لهم كتاباً ... وليس هذا الكلام بشيء؛ لأن المنع من نكاحهم لكونهم عبدة النار فهم داخلون في المشركين فكونهم كان لهم كتاب أو لا، لا أثر له، وعليه إجماع الأئمة الأربعة كالإجماع على حرمة الوثنية، كذا في البحر (ر: ١١٠/٣، دار المعرفة بيروت - لبنان).

[٣] - هي التي تعبد الوثن أي الصنم، والنص عام يدخل تحته سائر المشركات وفي فتح القدير: ويدخل في عبدة الأوثان عبدة الشمس والنجوم والصور التي استحسنوها، والمعطلة، والزنادقة، والباطنية، والإباحية، وفي شرح الوجيز: وكل مذهب يكفر به معتقده فهو يحرم نكاحها؛ لأن اسم المشرك يتناولهم جميعاً (ر: فتح القدير ٢٢١/٣، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، البحر ١١٠/٣، دار المعرفة بيروت لبنان، الفتاوى الهندية ٢٨١/١، دار الفكر).

[٤] - قال مالك: لا يجوز هذا النكاح؛ لأن هؤلاء ليسوا ممن يعقدون عقدة النكاح، قال مالك: وإن دخل بها فسخ النكاح على كل حال، وكان المهر بالمسيس، (المدونة الكبرى ١١٦/٢، دار الكتب العلمية).

٦٢- وإذا تزوج الكافر بغير شهود أو في عدة من كافر، وذلك في دينهم جائز، ثم أسلما أقرا عليه عند أبي حنيفة رحمه الله، وقال زفر: النكاح فاسد في الوجهين، إلا أنه لا يتعرض لهم قبل الإسلام[١] للحديث، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله في الوجه الأول، كما قال أبوحنيفة، وفي الوجه الثاني كما قال زفر، فإذا صح النكاح عنده بحالة المرافعة والإسلام حالة البقاء، والشهادة ليست بشرط في حالة البقاء[٢]، وكذا العدة[٣] لا تنافي النكاح كالمنكوحة إذا وطئت بشبهة.

٦٣- ولا يجوز نكاح المرتد[٤] والمرتدة لأحد.

---

[١] - وفي الهداية: وقال زفر: النكاح فاسد في الوجهين، إلا أنه لا يتعرض لهم قبل الإسلام والمرافعة إلى الحكام، لأن الخطابات عامة فتلزمهم أن زفر يقول بفساد النكاح لأن خطابات الشرع عامة من وجوب ثبوت الحكم على العموم لعموم الخطابات، وهم مخاطبون بالمعاملات، والنكاح منها، وإنما لا يتعرض لهم لذمتهم إعراضاً لا تقريراً، (الهداية مع فتح القدير ٣٩١/٣ كتاب النكاح باب نكاح أهل الشرك، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

[٢] - عبارة الهداية واضحة: وإذا صح النكاح فحالة المرافعة والإسلام حالة البقاء والشهادة ليست شرطاً فيها (المصدر السابق ص: ٣٩٢).

[٣] - وفي المبسوط: إن الخلاف بينهم فيما إذا كانت المرافعة أو الإسلام والعدة قائمة أما إذا كان بعد انقضاءها فلا يفرق بالإجماع (ر: الهندية ٣٣٧/١، دار الفكر).

[٤] - وفي البحر: أن من اعتقد مذهباً يكفر به إن كان قبل تقدم الاعتقاد الصحيح فهو مشرك، وإن طرأ عليه فهو مرتد كما لا يخفى (ر: ١١٠/٣، دار المعرفة بيروت – لبنان).

٦٤- والإحرام لا ينافي جواز النكاح عندنا خلافاً للشافعي[١] رحمه الله.

٦٥- ويجوز تزويج الأمة مسلمة كانت أو كتابية عندنا، وقال الشافعي: لا يجوز للحر تزويج الأمة[٢] الكتابية[٣]، والأصل فيه عندنا أن كل وطء يحل بملك اليمين، يحل بملك النكاح كالأمة الكتابية، وما لا يحل بملك اليمين لا يحل بملك النكاح كالأمة المجوسية.

٦٦- وطول الحرة لا يمنع جواز نكاح الأمة عندنا، وعند الشافعي رحمه الله[٤] يمنع، فإذا عجز عنه يجوز نكاح أمة واحدة لا غير عنده[٥]، ونكاح الأمة على الحرة لا يجوز عندنا لقوله عليه السلام: "لا

---

١ - قال الشافعي رحمه الله: المحرم لا ينكح كذا في المجموع (ر:٢٣٨/١٦، دار الفكر).

٢ - وفي (ن، ع): "الأمة" ساقط.

٣ - وفي شرح المهذب: "لا يحل له نكاح الأمة الكتابية" (ر: ٢٣٧/١٦، دار الفكر).

٤ - قال النووي: "يجوز للحر المسلم أن ينكح الأمة المسلمة بشرطين: أحدهما: أن يكون عادماً للطول وهو مهر حرة المحصنة، والثاني أن يكون خائفاً من العنت"، وقال أبوحنيفة: "إذا لم يكن تحته حرة حل له نكاح الأمة، وإن لم يخف العنت سواء كان قادراً على صداق حرة أو غير قادر" (ر: المجموع شرح المهذب ٢٣٨/١٦، دار الفكر).

٥ - والخلاف مبني على مسئلة أصولية، وهي: أن مفهوم الشرط والوصف هل يكون معتبراً ينتفي الحكم بانتفاءه، فقال الشافعي: نعم، وقلنا: لا، فصار الحل ثابتاً فيها بالعمومات مثل قوله تعالى: ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء﴾ ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم﴾ (البحر الرائق ١١٢/٣، دار المعرفة بيروت - لبنان).

تنكح الأمة على الحرة"[1]، وقال الشافعي[2] رحمه الله: يجوز للعبد ذلك.

٦٧- ونكاح الحرة على الأمة يجوز، فإن جمع بينهما في عقدة واحدة فنكاح الحرة جائز، ونكاح الأمة باطل.

٦٨- فإن تزوج أمة بغير إذن مولاها، ثم تزوج حرة، ثم أجاز المولى، لم يجز نكاح الأمة؛ لأنه لو[3] أجاز يجوز من وقت الإجازة وعند ذلك تحته حرة.

٦٩- ونكاح الأمة في عدة الحرة من طلاق بائن[4] لم يجز عند

---

[1] - الحديث: "لا تنكح الأمة على الحرة" أخرجه الدارقطني (٤/ ٣٩ رقم: ١١٢) وقال الزيلعي: قلت: روى الدارقطني في سننه فى الطلاق من حديث مظاهر بن أسلم عن القاسم بن محمد عن عائشة، قالت: قال رسول الله -ﷺ-: "طلاق العبد اثنتان، ولا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره، قرء الأمة حيضتان، ويتزوج الحرة على الأمة ولا يتزوج الأمة على الحرة" انتهى، ومظاهر بن أسلم ضعيف (نصب الراية ٣/ ٢٢٢) وقال ابن حجر: روي أنه -ﷺ- نهى أن تنكح الأمة على الحرة سعيد بن منصور في السنن عن ابن علية عمن سمع الحسن بهذا مرسلاً، ورواه البيهقي (٧/ ٤٨٩) وزاد: و من وجد صداق حرة فلا ينكحن أمة أبداً وإسناده صحيح، وهو عند عبد الرزاق أيضاً مفرداً، (تلخيص الحبير ٣/١٧١).

[2] - كذا في المجموع، (ر: ١٧/٢٣٨-٢٣٩).

[3] - قال ابن نجيم في البحر: "لأن نكاح الأمة ارتفع بنكاح الحرة؛ لأن الملك والحل إنما يثبت عند الإجازة فكان للإجازة حكم إنشاء العقد في حق الحكم فيصير متزوجاً أمة على حرة" (البحر الرائق ٣/١١٢، دار المعرفة بيروت - لبنان).

[4] - قيد بالبائن، لأن في عدة الرجعي لا يجوز نكاح الأمة اتفاقاً، وفي البائن يجوز

أبي حنيفة رحمه الله.

٧٠- ولا يجوز للحر أن يتزوج أكثر من أربع من الحرائر والإماء[١]، وقال الشافعي رحمه الله: لا يجوز من الإماء إلا واحدة[٢].

فإن تزوج خمساً من الحرائر، وأربعاً من الإماء في عقدة واحدة جاز نكاح الإماء؛ لأنه لو تفرد نكاح الحرائر لا يجوز فيلغو فيبقى نكاح الأمة[٣].

٧١- ولا يجوز للعبد[٤] أكثر من ثنتين عندنا، خلافاً لمالك[٥] رحمه

عندهما ولا يجوز عند أبي حنيفة، قال الإمام: إنه حرام؛ لأن نكاح الحرة باق من وجه لبقاء بعض الأحكام فبقي المنع احتياطاً كذا في الهداية والبحر (ر: الهداية مع الفتح ٢٢٩/٣، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان، البحر الرائق ١١٢/٣، ١١٣ دار المعرفة بيروت - لبنان).

[١] - وفي الهندية: "يجوز للحر أن يتسرى من الإماء ما شاء من العدد وإن كثرن" (٢٧٧/١، دار الفكر).

[٢] - كذا في المجموع (ر: شرح المهذب ٢٣٨/١٧).

[٣] - كذا في النسخ الثلاث وفي البحر: "لأن التزوج بالخمس باطل فلم يتحقق الجمع، فصح نكاح الإماء" (ر:١١٢/٣، دار المعرفة بيروت - لبنان) وفى الهندية: "ولو نكح الخمس على التعاقب جاز نكاح الأربع الأول" (ر: ١/ ٢٧٧، دار الفكر).

[٤] - المكاتب والمدبر وابن أم الولد في هذا كالعبد، كذا في الهندية (ر: ٢٧٧/١، دار الفكر).

[٥] - قال مالك رحمه الله: أن العبد يتزوج أربعاً (المدونة الكبرى ١٣٢/٢، دار الكتب العلمية).

الله، فإن طلق[1] الحر إحدى الأربع لم يجز له أن يتزوج رابعة حتى تنقضي عدّتها عندنا خلافاً للشافعي[2] رحمه الله، وكذلك الخلاف في نكاح امرأة في عدّة أختها[3].

٧٢- وإذا تزوجت المرأة غير كفء فللأولياء الاعتراض عليها دفعاً لضرر العار، والتفريق إلى القاضي أي بعد ما[4] يرفع إليه كما في خيار البلوغ، وما لم يفرق فأحكام النكاح ثابتة. والطلاق تصرف في

---

١ - وقيد في الهداية: "طلاقاً بائناً" إذ هو لا يخالفنا في الرجعي (الهداية مع فتح القدير ٢٣٢/٣، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان).

٢ - كذا في المجموع شرح المهذب (٢٤٠/١٧).

٣ - وفي المجموع: "وإن تزوج إحداهما ثم طلقها فإن كان طلاقاً بائناً حلت له الأخرى؛ لأنه لم يجمع بينهما في الفراش وإن كان رجعياً لم تحل؛ لأنها باقية على الفراش" (٢٢٣/١٧).

٤ - لأنه يشترط في هذه الفرقة قضاء القاضي فلو قال المصنف: فرق القاضي بينهما بطلب الولي، لكان أظهر كما في البحر (١٣٧/٣، دار المعرفة بيروت - لبنان)، ثم اعلم أن الفرقة ثلاث عشرة فرقة، سبعة منها تحتاج إلى القضاء وستة لا تحتاج، أما الأولى: فالفرقة بالجب، والعنة، وبخيار البلوغ، وبعدم الكفاءة، وبنقصان المهر، وبإباء الزوج عن الإسلام، وباللعان، وإنما توقفت على القضاء لأنها تبنى على سبب خفي، وأما الثانية: فالفرقة بخيار العتق، والإيلاء، والردّة، وتباين الدارين، وملك أحد الزوجين صاحبه، وفي النكاح الفاسد، وإنما لم تتوقف هذه الستة على القضاء؛ لأنها تبنى على سبب جلي كذا في البحر الرائق (ر: ١٣٠/٣، دار المعرفة بيروت - لبنان).

النكاح، والقاضي يفسخ أصل النكاح فلا يكون طلاقاً[1].

فإن دخل بها أو خلا بها فلها المهر[2] وإن لم يدخل بها فلا مهر لها وعليها العدة[3] ولها النفقة.

٧٣- وسكوت[4] الولي ليس برضا، وإن طالت المدة ما لم تلد[5]؛

---

[1] - قال الإمام المحبوبي في التنقيح: "كل فرقة جاءت من قبل المرأة لا بسبب من قبل الزوج فهي فرقة بغير طلاق، كالردة من جهة المرأة، وخيار البلوغ، وخيار العتاقة، وعدم الكفاءة، وكل فرقة جاءت من قبل الزوج فهي طلاق، كالإيلاء، والجب، والعنة "كذا في البحر" (١٣٠/٣، دار المعرفة بيروت –لبنان).

[2] - هذا تفريع على انعقاده؛ لأن كثيراً من مشائخنا أفتوا بانعقاده بغير رضا الولي، وأن المفتى به رواية الحسن عن الإمام من عدم الانعقاد أصلاً، إذا كان لها ولي لم يرض به قبل العقد فقد اختلف الإفتاء، وأما على رواية الحسن فينبغي أن يجب الأقل من المسمى ومن مهر المثل، وأن لا نفقة لها في هذه العدة كما لا يخفى (ر: البحر الرائق ١٣٠/٣، فصل في الأكفاء في النكاح).

[3] - ولو قال المؤلف: إذا فرق القاضي بينهما فإن كان بعد الدخول والخلوة فلها المسمى وعليها العدة ولها النفقة، وإن كان قبلهما فلا مهر لها؛ لأن الفرقة ليست من قبله، لكان أظهر، هكذا في الخانية والبحر (ر: البحر الرائق ١٣٨/٣، دار المعرفة بيروت – لبنان).

[4] - وقد ذكر ابن نجيم مسائل الحادية والعشرون التي أقيم فيها السكوت مقام التصريح، وأما هنا سكوت الولي لا يدل على الرضا ولا يقام مقام القول الذي يدل على الرضا (ر: البحر الرائق ١٢٢/٣-١٣٩).

[5] - وفي الفتح: "ولا يكون سكوت الولي رضا إلا إن سكت إلى أن ولدت فليس له حينئذ التفريق، وعن شيخ الإسلام أن له التفريق بعد الولادة أيضاً" (فتح القدير، كتاب النكاح فصل في الكفاءة).

لأن السكوت لا يبطل الحق الثابت؛ لأنه ربما يتمكن من الخصومة في وقت دون وقت.

٧٤- فإن رضي أحد الأولياء، فليس لمن دونه أو أبعد منه حق الاعتراض، فيجعل كل واحد منهم كالمنفرد[١]، فيثبت أولا للأقرب فالأقرب.

٧٥- وإذا رضيت المرأة لا يبطل حق الاعتراض عنهم؛ لأن حقها غير حق الأولياء؛ لأن الثابت للأولياء دفع عار من لا يكافئهم، والثابت لها صيانة نفسها عن ذل الاستفراش فبسقوط أحدهما لا يبطل الآخر.

٧٦- الولي إذا زوج المرأة غير كفء وفرقها القاضي بطلبها ثم تزوجت هي بغير إذن الولي فللولي الاعتراض عليها؛ لأن النكاح الثاني غير الأول، فلا يكون الرضا [بالأول][٢] رضا بالثاني.

٧٧- فالحاصل أن الكفاءة معتبرة في النكاح من جانب الزوج

---

[١] - وفي البحر: ورضا بعض الأولياء المستويين في الدرجة كرضا كلهم، حتى لا يتعرض أحد منهم بعد ذلك، وقال أبو يوسف: لا يكون كالكل، ... ولهما أنه حق واحد لا يتجزأ؛ لأنه ثبت بسبب لا يتجزأ فيثبت لكل على الكمال كولاية الأمان، وقيدنا بالاستواء احترازاً عما إذا رضي الأبعد فإن للأقرب حق الاعتراض، كذا في فتح القدير وغيره (ر: البحر الرائق ١٣٨/٣، دار المعرفة بيروت - لبنان).

[٢] - ما بين المعقوفتين زدناه من فتاوى النوازل: ١٧١، دار الايمان.

عندنا[1] خلافاً لمالك؛ لأن الشريفة تأبى أن تكون مستفرشة للخسيس فلابد من اعتبارها.

٧٨- وتعتبر في الإسلام[2] [من كان له أب واحد في الإسلام يكون كفواً لمن له أبوان في الإسلام عند أبي يوسف رحمه الله[3]]، ومن كان له أبوان في الإسلام يكون كفوا لمن كان له آباء في الإسلام.

٧٩- وتعتبر في المال أيضاً، وهو أن يكون مالكاً للمهر المعجل والنفقة في ظاهر الرواية[4]، وروي عن أبي يوسف أنه اعتبر القدرة على

---

[1] - وفي الهندية: لا تعتبر في جانب النساء للرجال فإذا تزوجت المرأة رجلاً خيراً منها فليس للولي أن يفرق بينهما، فإن الولي لا يتعير بأن يكون تحت الرجل من لا يكافؤه (ر: ٢٩٠/٣، دار الفكر).

[2] - وقد ذكر ابن نجيم: اعتبارها في ستة أشياء: الأول: النسب، والثاني: الحرية، والثالث: الإسلام، والرابع: الديانة، والخامس: المال، والسادس: الحرفة (ر: البحر الرائق ١٣٩/٣، دار المعرفة بيروت – لبنان).

[3] - ما بين القوسين ساقط في (ن، ع)، وفي الهداية: ومن أسلم بنفسه أو له أب واحد في الإسلام لا يكون كفأ لمن له أبوان في الإسلام وأبو يوسف ألحق الواحد بالمثنى كما هو مذهبه في التعريف (الهداية مع فتح القدير ٢٨٩/٣، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

[4] - هذا هو المعتبر في ظاهر الرواية حتى أن من لا يملكهما أو لا يملك أحدهما لا يكون كفأ؛ لأن المهر بدل البضع، فلا بد من إيفائه، وبالنفقة قوام الازدواج ودوامه، والمراد بالمهر قدر ما تعارفوا تعجيله؛ لأن ماوراءه مؤجل عرفاً كذا في البحر، ودخل في النفقة الكسوة كما في العناية، واختلفوا في قدر النفقة، فقيل: يعتبر نفقة ستة أشهر، وقيل: نفقة شهر، والصحيح أنه إذا كان

النفقة دون المهر[1].

٨٠- ونكاح المتعة باطل عندنا خلافاً لمالك[2] رحمه الله، ونكاح المؤقت باطل عندنا خلافاً لزفر[3]، ولا فرق بين ما[4] إذا طالت المدة أو قصرت؛ لأن من شرط النكاح التأبيد، والتوقيت يبطله وعكسه الإجارة.

٨١- رجل تزوج امرأتين في عقدة واحدة بألف درهم، إحداهما لا يحل له نكاحها بأن كانت معتدّة الغير، أو ذات رحم محرم منه، صح

قادراً على النفقة على طريق الكسب كان كفأ (ر: البحر الرائق ١٤٢/٣، دار المعرفة بيروت – لبنان).

[1] – وفي الهندية: "والأحسن في المحترفين ما قال أبويوسف" (٢٩١/١، دار الفكر).

[2] – ونسبة الجواز إلى مالك غلط؛ لأنه لم يذكر في كتاب من كتب المالكية أنها تجوز مع أن مالكاً روى في الموطأ حديث علي أن رسول الله -ﷺ- نهى عن متعة النساء يوم خيبر، وعادته أن لا يروي حديثاً في الموطأ إلا وهو يذهب إليه ويعمل به، ولا خلاف فيه بين الأئمة وعلماء الأمصار إلا طائفة من الشيعة، كذا في الفتح والعناية (ر: ٢٣٩/٣، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان)، وفي المدونة: ولا يجوز النكاح إلى أجل قريب أو بعيد وإن سمى صداقاً (ر: المدونة الكبرى ١٥٩/٢).

[3] – وقال زفر: هذا النكاح صحيح لازم؛ لأن التوقيت شرط فاسد لكونه مخالفاً لمقتضى عقد النكاح والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة، وقد بسط الكلام ابن الهمام و فيه بحث نفيس فليراجع (الهداية مع العناية وفتح القدير ٢٣٨/٣-٢٤٠، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

[4] – وفي (م): "بينهما" والصواب ما كتبناه كما في الهداية مع فتح القدير ٢٤٠/٣، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

نكاح التي يحل له نكاحها، وبطل نكاح الأخرى؛ لأن المانع في إحداهما فلا يتعدى إلى الأخرى، بخلاف من جمع بين حر وعبد وباعهما بصفقة واحدة بطل البيع فيهما؛ لأن شرطه قبول العقد في القن[1]، والبيع يبطل بالشرط، والنكاح لا يبطل به، ثم الألف كله للتي صح نكاحها عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يقسم على مهر مثليهما فما أصاب للتي فسد نكاحها سقط، وما أصاب للتي صح نكاحها يجب، ولو دخل بالتي لا يصح نكاحها فلها مهر مثلها بالغاً[2] ما بلغ عنده، وعندهما لا يجاوز حصتها من المسمى.

---

[1] – وفي الهداية: "وقبول العقد في الحر شرط فيه" وقال ابن همام في شرحه: قبول العقد في الحر شرط فاسد في بيع العبد فيبطله (الهداية مع فتح القدير ٢٤٢/٣، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

[2] – وفي البحر: لو دخل بالمحرمة فإن فيه روايتين، في رواية: الزيادات يلزمه مهر مثلها، لا يجاوز به حصتها من المسمى... وفي رواية أخرى: يجب مهر المثل بالغاً ما بلغ وهو الأصح كما في المبسوط، (ر: البحر الرائق ١١٥/٣، دار المعرفة بيروت – لبنان).

فصل

٨٢- رجل زنى بامرأة ثم تزوجها لا استبراء عليه عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله[١]، خلافاً لمحمد[٢] رحمه الله، وإن حبلت منه، فلما استبان حملها تزوجها الذي زنى بها، جاز نكاحها منه؛ لأن الرحم مشغول بمائه، فإن جاءت بولد بعد النكاح لستة أشهر يثبت نسبه منه[٣].

٨٣- وإن اتهم الرجل بامرأة فظهر الحمل، والرجل منكر، ثم تزوجها، جاز نكاحها عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، ولكن لا نفقة لها عليه؛ لأنه ممنوع عن الاستمتاع بها.

٨٤- رجل تزوج حبلى من الزنا، جاز نكاحها عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، ولكن لا يطأها حتى تضع[٤] حملها، كيلا يصير ساقياً بمائه زرع غيره، وعند أبي يوسف رحمه الله النكاح[٥] فاسد.

---

[١] - كذا في الخانية: (٣٦٦/١)، وفي (ن،ع): "لا استبراء عليه" ساقط.

[٢] - وقال محمد: "لا أحب له أن يطأها ما لم يستبرئها" (الهداية مع فتح القدير ٢٣٧/٣، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان، الخانية ٣٦٦/١، دار الفكر).

[٣] - وإن جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت النكاح لا يثبت النسب، ولا يرث منه، إلا أن يقول الرجل هذا الولد مني، ولا يقول من الزنا كذا في الخانية ٣٧١/٣، دار الفكر.

[٤] - انظر الخانية (٣٧١/٣).

[٥] - والفتوى على قولهما كذا في الهندية (٢٨٠/١، دار الفكر).

٨٥- ولو كان الحمل ثابت النسب من الغير فالنكاح باطل بالإجماع، ولو كان الحمل ثابتاً منه جاز نكاحه، بأن وطي امرأة بشبهة فحبلت منه ثم تزوجها.

٨٦- ولو كان الحمل من السبي[1] فالنكاح فاسد[2].

٨٧- وإن زوج[3] أم ولده وهي حامل منه فالنكاح باطل كيلا يصير جامعاً بين الفراشين[4]، بخلاف ما إذا كانت حائلاً.

٨٨- ومن وطي جاريته ثم زوجها جاز النكاح؛ لأنها ليست بفراش لمولاها، حتى لو جاءت بولد، لا يثبت النسب منه إلا بالدعوة، إلا أن عليه أن يستبرأها صيانة لمائه[5]، فإذا جاز النكاح فللزوج أن يطأها عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وقال محمد: لا أحب

---

[1] - وفي (ن، ع): "بياض" انظر للتفصيل: البحر (١١٢/٣).

[2] - لأنه ثابت النسب كما في الهداية مع الفتح ٢٣٤/٣، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

[3] - وفي (م): "تزوج".

[4] - لأنها فراش لمولاها حتى يثبت نسب ولدها منه من غير دعوة، فلو صح النكاح لحصل الجمع بين الفراشين، إلا أنه غير متأكد حتى ينتفي الولد بالنفي من غير لعان فلا يعتبر ما لم يتصل به الحمل (الهداية مع فتح القدير ٢٣٤/٣، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

[5] - هذا الاستبراء على المولى بطريق الاستحباب دون الحتم كذا في الهندية (٢٨٠/١، دار الفكر) وقال ابن نجيم نقلاً عن الذخيرة: والصحيح أنه ههنا يجب الاستبراء وإليه مال شمس الأئمة السرخسي (البحر الرائق ١١٤/٣، دار المعرفة بيروت – لبنان).

أن يطأها حتى يستبرأها؛ لأنه احتمل الشغل بماء المولى فوجب[1] التنزه.

٨٩- وكذا لو رأى امرأة تزني فتزوجها حل له وطؤها قبل الاستبراء عندهما، وعنده لا يطأها حتى يستبرأها، لهما أن الحكم بجواز النكاح حكم بعدم الشغل [بخلاف الشراء[2]، لأن الشغل][3] لا يمنع جواز الشراء.

---

[1] - وقال الفقيه أبو الليث: قول محمد أقرب إلى الاحتياط وبه نأخذ كذا في الهندية (٢٨٠/١، دار الفكر). وهذا الخلاف فيما إذا زوجها المولى قبل أن يستبرأها، فلو استبرأها قبل أن يتزوجها جاز وطء الزوج بلا استبراء اتفاقاً كذا في فتح القدير ٢٣٥/٣، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

[2] - قاس محمد رحمه الله: النكاح على الشراء فقال: فوجب التنزه كما في الشراء فأجاب المصنف بقوله: بخلاف الشراء يعني أن الشراء مع الشغل جائز دون النكاح، فالحكم بجواز النكاح أمارة الفراغ وإلا لكان حكما بما لا يجوز، ولا كذلك في الشراء فيجب الاستبراء (ر: العناية مع الهداية وفتح القدير ٢٣٧/٣، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

[3] - ما بين القوسين ساقط في (م).

فصل في الأولياء

٩٠- الولي شرط لصحة النكاح في الصغائر والمجانين والمماليك بالاتفاق، سواء كان الولي أباً أو جداً أو غيرهما من العصبات، والترتيب فيه كالترتيب في الإرث.

٩١- ولا يشترط اجتماع العصبات بالإجماع؛ لأن الولاية إذا ثبتت للأشخاص تثبت لكل واحد منهم على الانفراد كملا، ثم للأقرب فالأقرب، وعند عدمه فللأبعد، وعند عدمه فللقاضي، ثم للقاضي أن يزوجها أو يأذن بها بالتزويج.

٩٢- العصبة إذا زوج الصغير أو الصغيرة يجوز، سواء كانت الصغيرة بكراً أو ثيباً، وعند مالك غير الأب لا يملك التزويج، وعند الشافعي لا يملك غير الأب والجد في الصغير والصغيرة.

٩٣- وأما في العاقلة البالغة بكراً كانت أو ثيباً إذا زوجها وليها يجوز بالإجماع.

واختلفوا فيما إذا زوجت نفسها بغير [إذن][1] ولي يجوز في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة، وفي رواية عن أبي يوسف أيضاً سواء كان زوجها كفء أو غير كفء، وروى الحسن عن أبي حنيفة: يجوز إذا كان كفأ وإلا فلا، وهو المختار للفتوى؛ لأنه أقرب إلى الاحتياط؛ لأنه كم من واقع لا يرفع، ولا كل قاض يعدل، وروي عن محمد أن النكاح

---

[1] - ما بين المعقوفتين زدناه من فتاوى النوازل: ١٧٤، دار الإيمان.

بدون الولي باطل كما هو قول الشافعي، وعنه في رواية ينعقد موقوفاً على إجازة الولي، معناه: لا يجوز له وطؤها قبل الإجازة، ولا يقع الطلاق فيه، ولا يتوارث أحدهما من الآخر قبل الإجازة، وعنه مثل قولهما أي رجع إلى قولهما.

قال أبو حفص[1]: إن لم يكن لها ولي يجوز، وإن كان لها ولي يتوقف، وقال ابن أبي ليلى[2]: إن كانت بكراً لا يجوز؛ لأنها تنسب إلى الوقاحة، وإن كانت ثيباً يجوز، وقال القاضي أبوعلي السغدي:[3] من

---

[1] - هو أحمد بن الحفص البخاري، أخذ الفقه عن محمد بن الحسن، يوصف بالكبير بالنسبة إلى إبنه الذي يكنى بأبي حفص الصغير، يعترف بدقة فهمه ووسعة نظره، توفي في رمضان سنة أربع وستين ومأتين، (الفوائد البهية: ص ١٨-١٩).

[2] - ابن أبي ليلى: هو محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى الفقيه المقريء، مفتي الكوفة وقاضيها، حدث عن أخيه عيسى والشعبي وعطاء والحكم ونافع وعمرو بن مرة وطائفة، وكان أبوه من كبار التابعين فلم يدرك الأخذ عنه، قال أحمد بن يونس: كان ابن أبي ليلى أفقه أهل الدنيا، وقال العجلي: كان فقيها صدوقا صاحب سنة جائز الحديث قارئا عالما بالقرآن قرأ عليه حمزة..... ومناقبه كثيرة، مات في شهر رمضان سنة ثمان وأربعين ومأة (تذكرة الحفاظ ١/ ١٢٩).

[3] - أبو علي السغدي: هو أبو الحسن علي بن حسين ركن الإسلام السغدي، نسبته إلى "سغد" بضم السين المهملة وسكون العين المعجمة بعدها دال مهملة، ناحية من نواحي سمرقند، كان إماماً فاضلاً فقيهاً مناظراً، سكن بخارى وتصدر للإفتاء وولي القضاء، انتهت إليه رياسة الحنفية ورحل إليه في النوازل والواقعات، تكرر

ابتلي بهذا، فأولى أن يرفع إلى القاضي فيستأذن القاضي منها في النكاح إن أذن له السلطان بذلك[1].

وقال مالك والشافعي رحمهما الله: النكاح لا ينعقد بعبارات النساء أصلاً، سواء زوجت نفسها أو بنتها، أو كانت وكيلة عن الغير.

ولنا قوله تعالى: ﴿حتى تنكح زوجاً غيره[2]﴾، وقوله: ﴿ولا

ذكره في فتاوى قاضي خان وسائر مشاهير الفتاوى، أخذ الفقه عن شمس الأئمة السرخسي وروى عنه شرح السير الكبير، كانت وفاته سنة احدى و ستين وأربعمائة ببخارى، كذا قال السمعاني، ومن تصانيفه: النتف في الفتاوى وشرح الجامع الكبير، ذكره القاري وغيره، (الفوائد البهية/ ٢٠٣، تحقيق: احمد الزعبى، شركة دارالارقم ١٤١٨هـ).

[1] – قال ابن الهمام: وحاصل ما عن علمائنا رحمهم الله في ذلك سبع روايات: روايتان عن أبي حنيفة تجوز مباشرة البالغة العاقلة عقد نكاحها ونكاح غيرها مطلقاً، إلا أنه خلاف المستحب وهو ظاهر المذهب، ورواية الحسن عنه إن عقدت مع كفء جاز ومع غيره لا يصح، واختيرت للفتوى... وعن أبي يوسف ثلاث روايات: لا يجوز مطلقاً إذا كان لها ولي ثم رجع إلى الجواز من الكفء لا من غيره، ثم رجع إلى الجواز مطلقاً من الكفء وغيره وروايتان عن محمد: انعقاده موقوفاً على إجازة الولي، إن أجازه نفذ وإلا بطل، ورواية رجوعه إلى ظاهر الرواية، فتحصل أن الثابت الآن هو اتفاق الثلاثة على الجواز مطلقاً من الكفء وغيره (فتح القدير ٢٤٦/٣، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

[2] – البقرة: ٢٣٠.

تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن[1]﴾، أضاف النكاح إلى المرأة، دلّ على أن عبارتها معتبرة، ولقوله عليه السلام: "الأيم أحق بنفسها[2]"، ولقوله عليه السلام: "ليس للولي مع الثيب أمر"[3]. وقال أيضاً لامرأة:

---

[1] - البقرة: ٢٣٢.

[2] - قال الزيلعي: أحاديث الأصحاب في عدم اشتراط الولي: أخرج الجماعة إلا البخاري عن نافع بن جبير عن ابن عباس، قال قال رسول الله –ﷺ–: "الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها"، انتهى. وفي لفظ لمسلم: "الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأمر، وإذنها سكوتها" رواه مسلم، (رقم الحديث: ٦٦)، وأبو داود (رقم الحديث ٢٠٩٨)، والترمذي، والنسائي (رقم الحديث٣٠٦٢)، وابن ماجه (رقم الحديث ١٨٧٠) أخرج كلهم في النكاح، وأحمد في المسند (١/ ٢١٩، ٢٤٢، ٢٦١، ٢٧٤، ٣٤٥)، انظر للتفصيل: (نصب الراية مع تحقيق أحمد شمس الدين ٣/ ٢٣١ ط: دار الكتب العلمية بيروت (الطبعة الأولى).

[3] - حديث: "ليس للولي مع الثيب أمر واليتيمة تستأمر وصمتها إقرارها" أخرجه أبوداود في النكاح (رقم الحديث: ٢١٠٠)، والنسائي في السنن الكبري (رقم الحديث: ٥٣٧٤و ٥٣٩١)، والدارقطني في سننه (رقم الحديث ٦٦، ٣/ ٢٣٩) وقال الزيلعي: أخرجه أبوداود والنسائي عن عبد الرزاق ثنا معمر عن صالح بن كيسان عن نافع بن جبير عن ابن عباس قال: قال رسول الله –ﷺ–: "ليس للولي مع الثيب أمر" انتهى، ورواه الدار قطني وقال: لم يسمعه صالح عن نافع، إنما سمعه من عبد الله بن الفضل عنه، اتفق على ذلك ابن اسحاق، وسعيد بن سلمة عن صالح، وكأن معمراً أخطأ فيه، قال النيسافوري: والذي عندي أن معمراً أخطأ فيه، قال النسائي: لعل صالح بن كيسان سمعه من عبد الله بن الفضل، ثم رواه من طريق إسحاق عن صالح بن كيسان عن عبد الله

"اذهبي فانكحي ممن شئت"[1]، وروي: أن امرأة زوجت ابنتها من رجل فأجازه علي رضي الله عنه[2]. ولأنها تملك الإقرار بالنكاح، و[تملك

بن الفضل، (نصب الراية مع تحقيق أحمد شمس الدين ٣/٢٤٢، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان) وقال ابن حجر: ورواته ثقات قاله أبو الفتح القشيري (تلخيص الحبير ٣/٣٥٠، باب الأولياء، دار الكتب العلمية).

[1] – عن خنساء بنت خذام الأنصارية أن أباها زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فرد نكاحها (صحيح البخاري مع فتح الباري٩/١٦٤ كتاب النكاح). وأما قوله: "فانكحي من شئت"، فرواه أبو سلمة مرسلاً (ر: المسند لأحمد (٦/ ٣٦٨)، ونصب الراية: (٣/ ٢٣٢، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

[2] – وفي موسوعة علي: وإن زوجها غير الولي برضاها، ودخل بها الزوج، فقد لزم النكاح، وإن لم يدخل بها فرق القاضي بينهما، فعن أبي قيس الأودى: أن امرأة من عائذ الله يقال لها سلمة، زوجتها أمها وأهلها فرفع ذلك إلى علي رضي الله عنه، فقال: أليس قد دخل بها فالنكاح جائز، وقال رضي الله عنه: إن تزوج بغير إذن ولي ثم دخل بها لم يفرق بينهما، وإن لم يصبها فرق بينهما، وعن بحرية بنت هاني بنت قبيصة أنها زوجت نفسها من القعقاع ابن شور وبات عندها ليلة، وجاء أبوها فاستعدى علياً، فقال: أدخلت بها؟ قال: نعم، فأجاز النكاح، وفى المحلى لابن حزم أن بحرية هذه زوجتها أمها وكان أبوها غائباً، فلما قدم أبوها أنكر ذلك، فرفع ذلك إلى علي فأجاز النكاح، وعلى هذا يحمل مارواه ابن أبي شيبة وغيره أنه رفعت إلى علي امرأة زوجها خالها وأمها فأجازها علي رضى الله عنه النكاح، أعني أنه أجازه لأنه قد حصل فيه دخول، كما صرحت بذلك رواية سعيد بن منصور، (موسوعة فقه علي بن أبي طالب ص/٥٩٠ للدكتور محمد رواس قلعه جي، دار النفائس).

الإنشاء به، ولأنها][1] تملك الخلع، فتملك النكاح؛ لأن الخلع تملك البضع منها، والنكاح تمليك البضع إلى غيره، ولأنها تملك بدل بضعها، وهو المهر فتملك بضعها، ولها اختيار الأزواج، ولها التصرف في مالها، فيكون لها التصرف في بضعها، لكونها عاقلة مميزة بين الصلاح والفساد.

أما الجواب عن قوله عليه السلام: "الإنكاح إلى العصبات[2]" أي حال وجودهم إليهم، وبه نقول، وهذا لا ينفي الحكم عن غيرهم؛ لأن تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ماعداه، وأما قوله عليه السلام: "لا نكاح إلا بولي[3]"، ومثل هذا لا ينفي الجواز عن غيره أيضاً،

---

[1] - العبارة بين القوسين غير موجودة في (ن و ع).

[2] - وقال ابن حجر في الدراية (٢/ ٦٢): لم أجده. وأخرج البيهقي في سننه (١٢١/٧) موقوفاً عن علي من طريق سلمة بن كهيل عن معاوية بن سويد قال: وجدت في كتاب أبي عن علي بنحوه لا بلفظه، وقال الشيخ عبد الرزاق غالب المهدي في تخريجه: قلت: وسلمة بن كهيل ثقة وكذا شيخه معاوية، لكن الخبر وجادة وهو غير حجة، فالموقوف أيضاً ضعيف، انظر: فتح القدير مع تحقيق عبد الرزاق غالب المهدي (٣/ ٢٦٨، دار الكتب العلمية بيروت -لبنان).

[3] - حديث: "لانكاح إلا بولي" أخرجه أبوداود في باب الولي (حديث: ٢٠٨٥)، والترمذي (حديث: ١١٠١)، وابن ماجه (حديث ١٨٨١)، وقال الزيلعي: قال الترمذي: هذا حديث فيه اختلاف، رواه إسرائيل، وشريك بن عبد الله، وأبو عوانة، وزهير بن معاوية، وقيس بن الربيع عن أبي إسحاق عن أبي بردة عن أبي موسى عن النبي -ﷺ-، وفيه طرق أخرى وبعضها مرسل كرواية أبي اسحاق عن أبي بردة عن النبي -ﷺ- (ر: نصب الراية ٣/ ٢٣٢، ٢٣٣، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان، تلخيص الحبير لابن حجر ٣/ ١٥٦).

نحو قوله عليه السلام: "لا قود إلا بالسيف[1]".

وإنما تثبت الولاية للعصبات باعتبار الشفقة وكمال الرأي، وهذا المعنى موجود في غيرهم كالأم والخال وذي الرحم، أو نقول: إنها صارت ولية نفسها بالبلوغ عن عقل كالرجل، فيعتبر النكاح[2]، وأما قوله عليه السلام: "أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل[3]"،

---

[1] - حديث: "لا قود إلا بالسيف" أخرجه ابن ماجه (حديث: ٢٦٦٨) والدار قطني (١٠٥/٢، ١٠٦، رقم: ٨٢)، والبيهقي في سننه (٨/ ١١٠، رقم: ١٦٩٠)، وابن أبي شيبة (كتاب ٢٢، باب ١٥٢، حديث:١) وأيضاً ابن ماجه في الديات، (حديث ٢٦٦٧) وقال الزيلعي: قلت: روي من حديث أبي بكرة، ومن حديث النعمان بن بشير، ومن حديث ابن مسعود، ومن حديث أبي هريرة ومن حديث علي، أخرجه ابن ماجه في سننه، انظر للتفصيل: (نصب الراية ٥/ ٩٤/ ٩٦، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان).

[2] - وفي (م): "فيعتبر النكاح بولي".

[3] - حديث: "أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له" أخرجه أبو داود في النكاح (حديث: ٢٠٨٣) عن ابن جريج عن سليمان بن موسى عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله تعالى عنها عن النبي -ﷺ-، وقال الزيلعي: قال الترمذي: حديث حسن، ورواه ابن حبان في "صحيحه" عن ابن خزيمة، والحاكم في "المستدرك" (٢/ ١٦٨) وقال: على شرط الشيخين، ورواه ابن عدي في الكامل (٣، ١٨٥) في ترجمة سليمان بن موسى ثم قال: قال ابن جريج فلقيت الزهري فسألته عن هذا الحديث فلم يعرفه، فقلت له: إن سليمان بن موسى حدثنا به عنك، قال: فأثنى على سليمان

روى هذا الحديث سليمان بن موسى[1] عن الزهري رضي الله عنه، فلما عرض ذلك على الزهري فأنكره الزهري فلم يأخذ أبو حنيفة هذا الحديث.

٩٤- ابن المجنونة مقدم على أبيها في تزويجها عند أبي حنيفة رحمه الله، وكذا عند أبي يوسف رحمه الله إلا أن الابن يقدم الأب احتراماً، وقال محمد رحمه الله: أبوها؛ لأن الأب وافر الشفقة، وقال الشافعي رحمه الله: الابن لا يكون ولياً فيه إلا أن يكون من بني الأعمام.

٩٥- امرأة شفعوية المذهب زوجت نفسها من رجل شفعوي أو حنفي بغير ولي يجوز، ولو سئلنا من جواب الشافعي، لأجبنا من جواب أبي حنيفة أنه يجوز.

٩٦- إذا اجتمع وليان فأيهما زوّج جاز، فالأول أحق بالجواز وإن لم يعلم يصح النكاح، هذا إذا زوج كل واحد منهما من رجل[2].

خيراً وقال: أخشى أن يكون وهم علي" (انظر: تلخيص الحبير ٣/ ١٥٧، نصب الراية ٣/ ٢٣٣، ٢٣٦، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

[1]- سليمان بن موسى أبو الربيع ويقال أبو أيوب الأشدق مولى أبي سفيان بن حرب، روى عن أبي أمامة وعطاء ومكحول ونافع والزهري وغيرهم، وروى عنه الأوزاعي وسعيد بن عبد العزيز وابن جريج وعبد الرحمن بن يزيد بن جابر وغيرهم، قال النسائي: هو أحد الفقهاء وليس بالقوي في الحديث، قال البخاري: عنده مناكير، توفي سنة ١١٩هـ، وقيل: ١١٥هـ (الوافي بالوفيات للصفدي١٥/٤٣٦ طبع بيروت).

[2] – وفي الخانية مع الهندية (٣٥٦/١، دار الفكر) ما يوضحه: "وإذا اجتمع

٩٧- وتزويج الأب والجد الصغير والصغيرة لازم لكمال الولاية ووافر الشفقة حتى لا يثبت لهما الخيار بعد بلوغهما، وتزويج غير الأب والجد نافذ، ولهما الخيار بعد بلوغهما لنقصان الولاية، وقصور الشفقة[١]، ويدخل فيه[٢] تزويج القاضي، ولا خيار لهما بعد البلوغ، وهو الصحيح.

٩٨- ولو مات أحدهما قبل البلوغ أو بعد البلوغ قبل التفريق ورثه الآخر؛ لأن العقد وقع صحيحاً فقد انتهى الملك الثابت به بالموت، بخلاف مباشرة الفضولي إذا مات أحدهما قبل الإجازة؛ لأن الموقوف ينتهي بالموت[٣].

٩٩- والعلم بأصل النكاح شرط في حق البكر؛ لأن وليها ينفرد بالنكاح حتى لو لم تعلم به فلها الخيار حتى تعلم فتسكت، والعلم بالخيار ليس بشرط في حقها؛ لأنها تتفرغ لمعرفة أحكام الشرع بخلاف الأمة[٤].

للصغير والصغيرة وليان كالأخوين والعمين فأيهما زوج جاز عندنا، وإن زوجاها على التعاقب جاز الأول دون الثاني، وإن زوجها كل واحد منهما من رجل آخر فوقعا معاً أو لم يعلم أيهما أول بطل العقدان".

[١] - هذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف: لا خيار لهما اعتبارا بالأب والجد (الهداية مع فتح القدير ٢٦٩/٣، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان).

[٢] - أي في غير الأب والجد.

[٣] - وفي الهداية: "لأن النكاح ثمة موقوف فيبطل بالموت" (الهداية مع فتح القدير ٢٧٤/٣، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان).

[٤] - أي الأمة المعتقة فإنها معذورة في الجهل سواء كانت جاهلة بالعتق أو بثبوت

١٠٠- الأب والجد إذا أقرا على الصغير والصغيرة بنكاح لم يصدق إلا ببينة أو التصديق بعد الإدراك عند أبي حنيفة.

١٠١- إذا كان الولي فاسقاً لا يمنع جواز نكاح أولاده الصغار عندنا، خلافاً للشافعي؛ لأن الفاسق يلي على نفسه وماله فيلي على أولاده الصغار عندنا قياساً على المصلح، والجامع بينهما كونه آدمياً مكرماً محتاجاً إليه.

١٠٢- ولا يجوز للولي إجبار البكر [البالغة][١] على النكاح خلافاً للشافعي رحمه الله، وله إجبار الصغيرة بكراً كانت أو ثيباً عندنا، وعلة الإجبار عندنا الصغر، وعنده البكارة، وعلى هذا مسائل متفرقة.

١٠٣- وإذا غاب الولي الأقرب غيبة منقطعة جاز لمن هو أبعد منه أن يزوجها عندنا، وعند الشافعي يكون الولاية للقاضي لا له.

١٠٤- وحد الغيبة المنقطعة قيل: مدة السفر، وهو اختيار المتأخرين، وقيل: إذا كان بحال لو انتظر جواب الأقرب يفوت الكفء الخاطب، وهو أقرب إلى الفقه.

١٠٥- بالغة زوجها وليها، فبلغها الخبر، فقالت: ما أريد الزواج، أو قالت: ما أريد فلاناً، يكون رداً، ولا فرق بين قوله: زوجتك، أو أزوجك، والبكاء من غير صوت يكون رضاً.

الخيار لها، لاشتغالها بالخدمة (كذا في الهداية والعناية ٢٧٢/٣، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

[١] – ما بين القوسين ساقط من النسخ الثلاث وزدناه من فتاوى النوازل تصحيحاً للمتن ص:١٧٧، دار الإيمان.

١٠٦- أب الصغيرة قال لآخر: زوجت ابنتي هذه من ابنك[١]، فقال أب الصغير: قبلت، ولم يقل: لابني، يقع النكاح لابنه؛ لأن المزوج[٢] أضاف النكاح إلى ابنه.

١٠٧- ولا ولاية لعبد؛ لأنه لا يملك على نفسه، وكذا الصغير [ولا لكافر][٣] على مسلم، لقوله تعالى: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾[٤] أي نفاه من جهة الحكم، وهو قبول الشهادة والولاية، وإنما السبيل ثابتة حقيقة. وكذا الولاية في الجملة حتى لو اشترى عبداً مسلماً ينفذ شراؤه.

١٠٨- ولغير العصبات من الأقارب ولاية تزويج الصغير والصغيرة أيضاً عند عدم العصبات، كالأم، والأخت، والخال[٥]، وكل ذي

---

[١] - في النسخ الثلاث: "منك" والصواب ما كتبناه من فتاوى النوازل لأبي الليث السمرقندي ص: ١٧٧.

[٢] - أي بنت الأب أضاف النكاح إلى ابنه، والجواب معاد في السوال.

[٣] - ما بين القوسين زدناه من الهداية (الهداية مع فتح القدير ٢٧٤/٣، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

[٤] - النساء: ١٤١.

[٥] - والحاصل أن الولاية تثبت أولا لعصبة النسب، ثم لمولى العتاقة ثم لعصبته بالاتفاق ثم بعد ذلك عند أبي حنيفة تثبت للأم ثم ذوو الأرحام الأقرب فالأقرب البنت إذا كانت أمها مجنونة، ثم بنت الابن، ثم بنت البنت ثم بنت ابن الابن ... ثم السلطان، ثم القاضي ... وقال محمد: لا ولاية لغير العصبات (انظر للتفصيل فتح القدير والعناية ٢٧٥/٣، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

رحم عند أبي حنيفة رحمه الله إذا انتقلت الولاية إلى هؤلاء عند عدم العصبات، ثم للقاضي عنده، وهذا استحسان، والقياس ليس لهم ذلك، وهو قول محمد رحمه الله، وقول أبي يوسف فيه مضطرب[1]. وإن لم يكن له عصبة انتقلت الولاية إلى الإمام أو القاضي عند محمد رحمه الله لا إلى هؤلاء، لقوله عليه السلام: "السلطان ولي من لا ولي له[2]".

١٠٩- رجل قال لأجنبية: إني أريد أن أزوجك من فلان، فقالت بالفارسية: تو بداني، أو قالت: تو داني، يكون إذناً، ولو قالت: باكي نيست، فيه نظر، ولو قالت: إليك، يكون توكيلاً.

١١٠- البنت إذا قبلت الهدية لا يكون إذناً، ولو قبلت المهر يكون إذناً.

١١١- وسكوت البكر عند الاستنكاح أو بعد ما زوجها الولي ثم بلغها الخبر فهو رضا، سواء كان المخبر عدلاً أو غير عدل، وإن كان المخبر فضولياً يشترط فيه العدد والعدالة عند أبي حنيفة رحمه الله، وفي استئمار الثيب لا بد من رضاها بالقبول.

---

[1] - والأشهر أنه مع محمد كما في الهداية، وقال في الكافي: أن أبا يوسف مع أبي حنيفة، وفي شرح الكنز: وأبو يوسف مع أبي حنيفة في أكثر الروايات كذا في فتح القدير ٢٧٥/٣، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

[2] - وقد تقدم تخريجه آنفاً.

فصل في نكاح العبد والأمة

١١٢- لا يجوز نكاح العبد والأمة إلا بإذن مولاهما عندنا، وقال مالك رحمه الله: يجوز للعبد أن يتزوج بغير إذن مولاه؛ لأنه يملك الطلاق فيملك النكاح، ولنا قوله عليه السلام: "أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو عاهر[١]"، ولأن في تنفيذ نكاحهما تعييبهما، إذ النكاح عيب فيهما[٢].

١١٣- ويجوز للمولى أن يجبر عبده أو أمته على النكاح سواء كان صغيراً أو كبيراً، وعن أبي حنيفة رحمه الله في رواية لا يجبر العبد، وهو قول الشافعي رحمه الله؛ لأنه تصرف مختص بالآدمي، فصار كالمكاتب[٣]، فلا يجوز تصرفه عليه، ولنا أنه تصرف فيه صيانة للعبد عن الزنا فيجوز، أما في الأمة يجوز بالاتفاق؛ لأنه تمليك البضع للغير وهو حقه.

١١٤- وإذا تزوج العبد بإذن مولاه، فالمهر دين في رقبته يباع

---

[١] - حديث: " أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو عاهر" رواه الحاكم في المستدرك وقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه وأخرجه أبو داود (حديث: ٢٠٧٨)، والترمذي (حديث: ١١١٢)، وأحمد (حديث: ١٤٦٧٣)، والدارمي (حديث: ٢٢٣٣)، ومجمع الزوائد (حديث: ٤١٣١) (ر: نصب الراية ٣/ ٢٦٧، ٢٦٩، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان).

[٢] - فلا يملكانه بدون إذن مولاهما كذا في الهداية مع الفتح ٣/٣٧٠.

[٣] - لأنه التحق بالأحرار فلا يجبر عليه.

فيه كما في دين التجارة؛ لأن هذا دين وجب في ذمته لوجود سببه من أهله، والمانع كان حق المولى، وقد زال بإذنه، فيظهر في حقه.

١١٥- وإذا تزوج العبد بغير إذن مولاه فقال المولى: طلقها أو فارقها، فليس هذا بإجازة؛ لأن رد هذا العقد ومتاركته يسمى طلاقاً أو مفارقة وهو أليق بحال العبد المتمرد، وإن قال له: طلقها طلاقاً رجعياً يصير إجازة[1].

١١٦- ولو أذن المولى لعبده أن يشتري جارية فيطأها لا يجوز، ولو وهبها منه لا يجوز ما لم يتزوجها، ذكره في خزانة الفقه.

١١٧- إذا زوج المولى أمته فليس عليه أن يبوئها بيتاً للزوج، ولا نفقة على زوجها، ويقال للزوج: متى ظفرت بها وطئتها، فإن بوأها بيتاً وسلمها إليه فلها النفقة والسكنى، وإن بدا له أن يستخدمها، له ذلك.

١١٨- أمة تزوجت بغير إذن مولاها، ثم باعها المولى فأجاز المشتري نكاحها، فإن كان قد دخل بها زوجها يصح إجازته؛ لأنه تجب العدة عليها، ولا تحل[2] للمشتري فيصح إجازته، وإن لم يدخل بها لا يصح إجازته؛ لأنها حلت للمشتري بالحل الثابت، فبطل الحل الموقوف، وكذا إن مات المولى قبل الإجازة، إن كان المولى قد دخل بها صح إجازة ابنه؛ لأنها لم تحل له، وإن لم يدخل بها صح إجازته أيضاً، إن

---

[1] - لأن الطلاق الرجعي لا يكون إلا في نكاح صحيح فتتعين الإجازة كذا في الهداية مع الفتح ٣٧٢/٣، ٣٧٥، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان.

[2] - وفي (م): "ولا يحل" والصحيح ما كتبناه.

دخل بها زوجها كما قلنا، وإلا فلا.

١١٩- أم ولد تزوجت بغير إذن مولاها، ثم أعتقها المولى وجبت عدة العتاق، والعدة تمنع نفاذ النكاح، وإن كان دخل بها زوجها، ثم أعتقها جاز نكاحها؛ لأن قيام العدة من وطي زوجها يمنع وجوب عدة العتاق، والمهر للمولى، وفي الاستحسان ينبغي أن يجب لها مهران: مهر بالوطء، ومهر بالنكاح.

١٢٠- وإذا زوج المولى أمته ثم أعتقها فلها الخيار حراً كان زوجها أو عبداً، لإطلاق حديث بريرة[١] قال: "ملكت بضعك فاختاري"[٢]، وقال الشافعي رحمه الله: إن كان زوجها حراً فلا خيار لها.

١٢١- ثم خيار العتق وخيار المخيرة يمتد إلى آخر المجلس، ويبطل بالقيام عن المجلس، وخيار البلوغ لا يمتد في حق البكر دون الثيب، ولا يبطل بالقيام في حق الثيب والغلام، وفي حق البكر يبطل به كما يبطل بالسكوت؛ لأن سكوتها رضا، وخيار العتق يثبت في الأمة دون الغلام، وخيار البلوغ يثبت فيهما، وخيار الغلام لا يبطل ما لم يقل:

---

[١] - إشارة إلى قصة مغيث رضى الله عنه لما أعتقته عائشة رضى الله عنها، وهى مشهورة في كتب الحديث والسير.

[٢] - قال ابن الهمام: روى أبو بكر الرازي بسنده إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لها حين أعتقت: "ملكت بضعك فاختاري" انظر: (فتح القدير٣/٣٨١، دار الكتب العلمية) ورواه ابن سعد في الطبقات في ترجمة بريرة عن الشعبي مرسلاً بلفظ: "قد عتق بضعك معك فاختاري" (طبقات ابن سعد٨/١٨٩).

رضيت، أو يجيء منه شيء يعلم به الرضا.

ثم الفرقة بخيار العتق لا يكون طلاقاً؛ لأنه مختص بالأنثى، وكذلك خيار البلوغ؛ لأنه يصح من الأنثى، بخلاف خيار المخيرة، فإنه طلاق؛ لأن الزوج ملكه إليها.

١٢٢- ثم خيار العتق لا يفتقر إلى القضاء؛ لأنه ضرر جلي بخلاف خيار البلوغ حيث يفتقر إلى القضاء؛ لأنه ضرر خفي.

١٢٣- صغيرة ولها حق الشفعة، ولها خيار البلوغ، فلما أدركت لو اشتغلت بأحدهما يبطل الآخر، فينبغي لها أن تقول: طلبت الحقين، فلا يبطل واحد منهما.

١٢٤- ولو زوّج الابن أمته من أبيه صح نكاحها عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله، وعليه المهر، فإن ولدت منه ولداً لم تصر أم ولد له؛ لأنه لم يملكها ويصير الولد حراً ولا قيمة عليه؛ لأنه ملك أخاه[1].

١٢٥- ولو زوّج الأب جاريته لابنه جاز النكاح بالاتفاق، وعليه المهر، فإن ولدت منه ولداً لا تصير أم ولد له، والولد حر لما قلنا.

---

[1] - وفي النسخ الثلاث: "أخوه" بدل "أخاه" والصحيح ما كتبناه.

فصل في المهر

١٢٦- أقل المهر عشرة دراهم عندنا، وهو حق شرعي، والتبليغ إلى مهر المثل حق الأولياء، والاستيفاء أو الإسقاط بعد ما تثبت حق المرأة.

١٢٧- فإن سمى عشرة وما زاد فعليه المسمى إن دخل بها أو مات عنها، وإن طلقها قبل الدخول بها والخلوة، فلها نصف المسمى بالنص[١].

وإن سمى أقل من عشرة دراهم، فلها العشرة عندنا، لقوله عليه السلام: "لا مهر أقل من عشرة دراهم"[٢]، ولأن وجوب العشرة حق الشرع[٣] فلا ينقص منها إظهاراً لشرف المحل، فيقدر بمال له خطر وهو

---

[١] - وهو قوله تعالى: ﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم﴾ (البقرة: ٢٣٧).

[٢] - حديث: "لا مهر أقل من عشرة دراهم" ذكره ظفر أحمد التهانوى في إعلاء السنن عن القاسم بن محمد قال: سمعت جابراً رضي الله عنه يقول: قال: سمعت رسول الله -ﷺ- يقول: "ولا مهر أقل من عشرة" من الحديث الطويل رواه ابن أبي حاتم، قال الحافظ ابن حجر: إنه بهذا الإسناد حسن، وحسنه البغوي كما في شرح البخاري للشيخ برهان الدين الحلبي (إعلاء السنن ٧٩/١١-٨٠).

[٣] - قال ابن الهمام: "حاصله: أن في المهر حقين: حقها وهو ما زاد على العشرة إلى مهر مثلها، وحق الشرع وهو العشرة، وللإنسان التصرف في حق نفسه

العشرة استدلالاً بنصاب السرقة، وقال الشافعي رحمه الله: المهر ما يجوز أن يكون ثمناً في البيع، قليلاً كان أو كثيراً؛ لأنه حقها، فيكون التقدير إليها، وقال زفر رحمه الله: لها مهر المثل؛ لأن تسمية ما لا يصلح مهراً كلا تسمية. ولو طلّقها قبل الدخول بها والخلوة تجب خمسة دراهم[1] عند علمائنا الثلاثة، وعند زفر رحمه الله: تجب المتعة، وعند الشافعي: يجب نصف ما سمى.

١٢٨- وإن تزوّجها ولم يسم لها مهراً يصح النكاح؛ لأن صحة النكاح لا تحتاج إلى تسمية المهر بخلاف البيع؛ لأن معنى النكاح في اللغة الضمّ والازدواج، فيتم بالزوجين، ولكن يجب مهر المثل عندنا[2] في الدخول أو الموت[3] لقول عبد الله ابن مسعود رضي الله عنه بعد اجتهاده مدة، سئلت هذه المسئلة عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه، فتوقف

بالإسقاط دون حق غيره، فإذا رضيت بما دون العشرة فقد أسقطت من الحقين فيعمل فيما لها الإسقاط منه وهو ما زاد على العشرة دون ما ليس لها وهو حق الشرع فيجب تكميل العشرة قضاء لحقه (فتح القدير ٣٠٩/٣، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

[1] – أي في صورة تسمية ما دون العشرة.

[2] – إن وجوب مهر المثل حكم كل نكاح لا مهر فيه عندنا، سواء سكت عن المهر أو شرط نفيه أو سمى في العقد وشرط ردها مثله من جنسه (كذا في فتح القدير ٣١٢/٣، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

[3] – إن المهر بعد وجوبه بالتسمية أو بنفس العقد يتقرر بأحد الأمرين بالدخول وما قام مقامه من الخلوة الصحيحة أو بالموت (العناية مع فتح القدير ٣١٠/٣، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

فيه شهراً، ثم قال: أقول فيه بنفسي فإن يك صواباً فمن الله ورسوله، وإن يك خطأً فمن ابن أم عبد الله ابن مسعود، أرى لها مهر مثل نسائها، فلما قال الحديث، فقام رجلان وقالا: قضى رسول الله -ﷺ- بمثل ما قضيت، فسرّ سروراً لم يسر مثله قط، لها مهر مثل نسائها، لا وكس ولا شطط[1]، وقال الشافعي رحمه الله في الموت قبل الدخول بها: لا يجب شيء، لقول عبد الله بن عباس رضي الله عنهما: نصيبها الميراث[2] وفي

---

[1] - حديث: "أرى لها مهر مثل نسائها" صحيح، رواه أبو داود في النكاح (حديث: ٢١١٤)، والترمذي في النكاح (حديث: ١١٤٥)، والنسائي (حديث: ٣١٤٥)، وابن ماجه في النكاح (حديث: ١٨٩١)، قال الزيلعي: قلت: أخرجه الأئمة الأربعة في "سننهم" عن سفيان عن منصور عن إبراهيم عن علقمة، واللفظ للترمذي قال: سئل ابن مسعود عن رجل تزوج امرأة، ولم يفرض لها صداقاً، ولم يدخل بها حتى مات، فقال ابن مسعود: لها مثل صداق نسائها، لا وكس ولا شطط، وعليها العدة ولها الميراث" فقام معقل بن سنان الأشجعي فقال: قضى رسول الله -ﷺ- في بروع بنت واشق- امرأة منا- مثل ما قضيت ففرح بها ابن مسعود، انتهى- قال الترمذي: حديث حسن صحيح، ر: نصب الراية (٣/ ٢٥٨- ٢٦٠، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان).

[2] - وأثر عبد الله بن عباس رضي الله عنهما: نصيبها الميراث رواه ابن أبي شيبة في مصنفه ولفظه: قال ابن عباس رضى الله عنه فى الرجل يتزوج المرأة ولا يمسها ولا يفرض لها صداقا حتى يموت؟ قال: حسبها الميراث، ولا صداق لها، فإن كان فرض لها فلها الصداق، ولها الميراث (موسوعة فقه ابن عباس: ص/٦٣٨، ط دار النفائس).

الدخول يجب عند أكثرهم[1].

١٢٩- وإن طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة، والمتعة ثلاثة أثواب من كسوة مثلها[2]، والصحيح أن فيه يعتبر حال الزوج، لا تزاد على نصف مهر المثل، ولا ينقص من خمسة دراهم، وإنما يجب هذا دفعاً لوحشة الفراق،

١٣٠- وكذا لو تزوّجها بشرط أن لا مهر لها[3]، وفيه خلاف الشافعي أيضاً، وله أن المهر خالص حقها فلها نفيه، كما لها إسقاطه انتهاء، وفي نكاح أهل الذمة لو نفياه لم يجب شيء عند أبي حنيفة رحمه الله.

١٣١- وإن تزوجها ولم يسم لها مهراً ثم تراضيا على تسمية فهي لها، إن دخل بها أو مات عنها، وإن طلّقها قبل الدخول بها فلها المتعة، وفي قول أبي يوسف الأول والشافعي: نصف المفروض لها، وإن زاد لها في المهر لزمته الزيادة عندنا خلافاً لزفر. فإذا صحت الزيادة هل تنتصف بالطلاق قبل الدخول؟ عند أبي يوسف رحمه الله تنتصف؛ لأن المفروض بعد العقد كالمفروض قبل العقد عنده.

١٣٢- وإن تزوج امرأة على هذا الدن من الخل فإذا هو خمر فلها مهر المثل عند أبي حنيفة؛ لأن المشار إليه ليس بمال فصار تسميته

---

[1] - أي عند أكثر أصحابه.

[2] - وهي: درع، وخمار، وملحفة، ثم قيل: يعتبر حالها، وهو قول الكرخي في المتعة الواجبة لقيامها مقام مهر المثل، وقيل: يعتبر حاله هو اختيار أبي بكر الرازي، وقال المصنف هذا هو الصحيح (انظر للتفصيل الهداية والعناية مع فتح القدير ٣١٦/٣، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

[3] - فله مهر مثلها إن دخل بها أومات عنها كما مر.

كلاتسمية، وعند أبي يوسف[1] يجب مثل الخل؛ لأن الخل مثلي.

١٣٣- وكذا لو تزوجها على هذا العبد فإذا هو حر يجب مهر المثل عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وعند أبي يوسف رحمه الله تجب القيمة؛ لأن العبد من ذوات القيمة.

١٣٤- الأصل في هذه المسألة: متى أشار وسمى يتعلق العقد بالمشار إليه عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن المشار إليه أبلغ من التسمية في التعريف، وعند أبي يوسف رحمه الله يتعلق العقد بالمال منهما، وإن كان كلاهما مالا يتعلق بالمشار إليه، وقال محمد رحمه الله: إن كان المسمى من جنس المشار إليه يتعلق بالمشار إليه؛ لأن المسمى موجود فيه ذاتاً في الصفة تابعة، وإن كان من خلاف جنسه يتعلق بالمسمى مثل المشار إليه في التعريف بل أبلغ؛ لأن التسمية تعرّف الماهية، والإشارة تعرّف الذات[2].

---

[1] – أي مثل وزنه فلا، والإمام محمد في هذه المسألة مع أبي يوسف، كما في الهداية وفتح القدير ٣٤٣/٣، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

[2] – وفي الهداية ما يوضحه: ومحمد يقول: الأصل أن المسمى إذا كان من جنس المشار إليه يتعلق العقد بالمشار إليه، لأن المسمى موجود في المشار إليه ذاتاً، والوصف يتبعه وإن كان من خلاف جنسه يتعلق بالمسمى، لأن المسمى مثل للمشار إليه وليس بتابع له، والتسمية أبلغ في التعريف من حيث أنها تعرف الماهية، والإشارة تعرف الذات (الهداية مع فتح القدير٣٤٤/٣ دار الكتب العلمية بيروت)، وقال ابن الهمام نقلاً عن الكافي: هذه المسائل مبنية على أصل، وهو أن الإشارة والتسمية إذا اجتمعتا والمشار إليه من خلاف

١٣٥- وللمرأة أن تمنع نفسها من زوجها لاستيفاء المهر المعجل، وهو الذي يسمى "دست بيمان[١]"، والمعروف كالمشروط.

ولو كان كله مؤجلاً ليس لها أن تمنع نفسها لما أنها أسقطت حقها بالتأجيل، وفيه خلاف أبي يوسف رحمه الله، فإن دخل بها برضاها قبل الاستيفاء فلها أن تمنع نفسها عند أبي حنيفة حتى يعطيها مهرها، ولا تسقط النفقة بهذا الامتناع؛ لأنه امتناع لحق، وقالا: ليس لها أن تمنع نفسها؛ لأن المعقود عليه صار مسلّماً إليه بالوطأة الواحدة، ولهذا يتأكد كل المهر بها، كالبائع إذا سلم المبيع قبل قبض الثمن، ولأبي حنيفة

جنس المسمى فالعبرة للتسمية لأنها تعرف الماهية والإشارة تعرّف الصورة فكان اعتبار التسمية أولى لأن المعاني أحق بالاعتبار، وإن كان المشار إليه من جنس المسمى إلا أنهما اختلفا وصفاً فالعبرة للإشارة لأن المسمى موجود في المشار إليه ذاتا، والوصف يتبعه: أي يتبع الذات، ألا ترى أن من اشترى فصا على أن ياقوت فإذا هو زجاج لا ينعقد لاختلاف الجنس، ولو اشتراه على أنه أحمر فإذا هو أخضر ينعقد لاتحاده، والشأن في التخريج على هذا الأصل، فأبو يوسف يقول: الحر مع العبد والخل مع الخمر جنسان مختلفان في حق الصداق لأن أحدهما مال متقوم يصلح صداقاً والآخر لا، فالحكم حينئذ بالمسمى وكأن الإشارة تبين وصفه كأنه قال: عبد كهذا الحر وخل كهذا الخمر. ومحمد يقول: العبد مع الحر جنس واحد، إذ معنى الذات لا يفترق فيهما، فإن منفعتهما تحصل على نمط واحد، فإذا لم يتبدل معنى الذات اعتبر جنساً واحداً، فالعبرة للإشارة والمشار إليه غير صالح فوجب مهر المثل اهـ (وانظر للتفصيل فتح القدير ٣/٣٤٤، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

[١] - أي المهر المعجل.

رحمه الله أن النكاح عقد عمن[1] يعقد على الاستمتاع مؤبّداً، والاستمتاع يحدث ساعة فساعة، فقدر ما مكث إليه صح تسليمها، وقدر ما بقي لها حق المنع، كما لو باع اعداداً فسلم البعض، ولهذا يحتاج إلى التمكين في كل مرة؛ لأن البضع في يدها، ولأن المهر مقابل كل الوطئات الموجودة في هذا النكاح؛ لأن كل وطءٍ تسليط على البضع المحترم، فلا يجوز إخلاؤه عن العوض، وإنما يتأكد كل المهر [بالمرة الأولى][2]، لأن ما [وراءه][3] مجهول، فلا يصح الانقسام، لكن إذا وجد بعده وطء آخر صار معلوماً، جاز أن يزاحم الأول كالعبد إذا جنى جناية تصير رقبته مشغولة، ثم جنى جناية أخرى يصير مزاحماً للأول[4] كذا هنا.

١٣٦- فإذا أوفى لها كل المهر، فله أن ينقلها حيث شاء من قرية إلى مصر، ومن مصر إلى قرية، ومن قرية إلى قرية، ومن مصر إلى مصر لقوله تعالى: ﴿أسكنوهن من حيث سكنتم﴾[5] الآية، وقيل: لا

---

[1] - وفي (م): "عمر".

[2] - وفي النسخ الثلاث: "بالمهر الأول" وهو غير واضح، وصوبناه من فتاوى النوازل لأبي الليث السمرقندي ص:١٨٣، دار الايمان.

[3] - وفي النسخ الثلاث: "رواه" وهو غلط، وصوبناه من فتاوى النوازل وانظر للتفصيل: الهداية مع فتح القدير ٣٥٤/٣، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان.

[4] - عبارة الهداية واضحة: "كالعبد إذا جنى جناية يدفع كله بها ثم إذا جنى جناية أخرى وأخرى يدفع بجميعها (الهداية مع فتح القدير ٣٥٤/٣، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

[5] - الطلاق: ٦.

يخرجها إلى غير بلدها.

١٣٧- رجل تزوج امرأة على ألف، وقبضتها ثم وهبتها له، ثم طلقها قبل الدخول بها يرجع عليها بخمس مائة؛ لأن الدراهم لا تتعين في العقود والفسوخ، وكذا في المكيل والموزون، وإن وهبتها قبل القبض لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء، وإن قبضتها نصفها ووهبت الباقي ثم طلقها قبل الدخول لم يرجع عليها عند أبي حنيفة رحمه الله، وفي العروض سواء قبضت أو لم تقبض فوهبت له ثم طلقها قبل الدخول لم يرجع عليها بشيء، وقال زفر رحمه الله: يرجع [عليها][1] بنصف قيمته.

١٣٨- رجل بعث إلى امرأته متاعاً أو دراهم لتشتري بها شيئاً، ثم اختلفا، فقال الزوج: هو كان من المهر، وقالت المرأة: هو كان هدية، فالقول قول الزوج إلا في الطعام الذي يؤكل مثل اللحم والخبز، فالقول قول المرأة فيه، وفي قول مما يبقى ويدّخر مثل الدقيق والعسل فالقول قوله. وما كان واجباً على الزوج مثل الدرع والخمار فالقول قولها، وما كان غير واجب مثل الخف والملاءة فالقول قوله إنه كان من المهر.

١٣٩- والمهر يتأكد بالدخول بها؛ لأنه استوفى أحد العوضين فيجب الآخر.

١٤٠- وكذا بموت أحد الزوجين؛ لأن العقد ينتهي به، والموت

---

[1] - ما بين القوسين زدناه من الهداية مع فتح القدير ٣/٣٣٠، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان.

يقوم مقام الدخول في حكم العدة، والمهر، والميراث لا فيما سواها، حتى لو ماتت المرأة قبل أن يدخل بها يحل للزوج بنتها، ولو مات الزوجان إن كان مسمى فيه فلورثتها، وإلا فلا شيء لورثتها عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: لورثتها مهر المثل كالمسمى[1].

١٤١- أو بالخلوة الصحيحة وفيه خلاف للشافعي؛ لأنها سلمت المبدل حيث رفعت الموانع، وليس في وسعها إلا هذا، فيتأكد البدل به اعتباراً بسائر المعاوضات[2].

١٤٢- والخلوة الصحيحة[3]، وهي: أن يجتمعا في مكان واحد ليس هناك مانع يمنعه من الوطء حسّاً أو طبعاً أو شرعاً، وفي صوم النذر والكفارة وفي القضاء روايتان؛ والأصح أنه لا يمنع، والصلاة بمنزلة الصوم، فرضها كفرضه، ونفلها كنفله، وقيل: مرض الزوج يمنع

---

[1] – عبارة الهداية واضحة وهي: إذا مات الزوجان وقد سمى لها مهراً فلورثتها أن يأخذوا ذلك من ميراث الزوج، وإن لم يسم لها مهرا فلا شيء لورثتها عند أبي حنيفة، وقالا: لورثتها المهر في الوجهين (انظر الهداية مع فتح القدير ٣٥٩/٣، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

[2] – يعني أن الموجب للبدل تسليم المبدل لا حقيقة استيفاء المنفعة كالبيع والإجارة الموجب فيهما التسليم وهو رفع الموانع والتخلية بينه وبين المسلم إليه وإن لم يستوف المشتري والمستأجر منفعة أصلاً كذا في فتح القدير ٣١٩/٣، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان.

[3] – في النسخ الثلاث: "وكذا بالخلوة" والصحيح ما كتبناه.

صحتها بكل حال؛ لأنه يوجب فتوراً وتكسّراً[1]، ومرضها على التفصيل.

١٤٣- وإذا تزوج امرأة وخلا بها ولم يعرفها، لا يكون خلوة صحيحة؛ لأن الخلوة إنما تقوم مقام الوطء إذا تحقق التسليم منها، وذا لا يتحقق إلا بالمعرفة.

وكذا إذا خلا بها في المسجد أو الحمام؛ لأنه يثبت إذن للناس في دخوله.

وكذا إذا خلا بها في طريق أو في صحراء أو على سطح لا حجاب عليه، أو كان معهما صبي يعقل بما فعلا.

١٤٤- وخلوة المجبوب صحيحة عند أبي حنيفة رحمه الله وكذا خلوة الرتقاء، وقال في الأصل: إن الرتق والقرن يمنع صحة الخلوة؛ لأن هذا عذر من جهة من عليها التسليم، فاعتبر مانعاً، بخلاف الجب. أما العنة لا تمنع صحة الخلوة بالاتفاق.

١٤٥- وذكر القدوري[2] أن المانع إذا كان شرعياً كالصوم والحيض تجب العدة لثبوت التمكن حقيقة، وإن كان حقيقياً كالمرض والصغر لا تجب العدة لانعدام التمكن حقيقة، وقال ابن أبي ليلى: لا تجب العدة كيف ما كان وهو القياس؛ لأنه طلاق قبل الدخول.

---

[1] - فيكون ما نعاً من وطئه، وأما مرضها فالمراد منه ما يمنع الجماع أو يلحقه به ضرر (انظر الهداية مع فتح القدير ٣٢١/٣، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان، الدر المختار مع رد المحتار ١١٤/٣ كراتشي).

[2] - تقدمت ترجمته في الجزء الأول من الكتاب

١٤٦- وإذا اختلفا في قدر المهر[1] حال قيام النكاح يحكم مهر مثلها، وأيهما شهد به فالقول قوله مع يمينه، وإن كان بعد الطلاق قبل الدخول بها، فالقول قوله في نصف المهر عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله[2]، وقال أبو يوسف رحمه الله: القول قوله قبل الطلاق وبعده إلا أن تدعي شيئاً مستنكراً مما لا يتعارف مهرها عادة.

١٤٧- رجل تواضع مع امرأة في السّر أن لا يكون بينهما نكاح وأظهرا عند الناس نكاحاً بشرائطه رياء وسمعة، يكون نكاحاً؛ لأن الهزل لا يمنع صحته.

١٤٨- ولو تواضعا على الإقرار بالنكاح لا يكون نكاحاً.

١٤٩- ولو تواضعا في مقدار المهر بأن اتفقا في السرّ على مائة

---

[1] - الاختلاف في المهر إما في أصله أو في قدره وكل منهما إما في حال الحياة أو بعد موتهما أو موت أحدهما، وكل منهما إما بعد الدخول أو قبله فإن اختلفا في حال الحياة في قدره بعد الدخول قبل الطلاق أو بعده حكم مهر المثل، فمن كان من جهته كان القول له مع يمينه، وإن لم يكن من جهة أحد بأن كان بين الدعوين تحالف يعطي مهر المثل، هذا قول أبي حنيفة ومحمد على تخريج الرازي، وعلى تخريج الكرخي يتحالفان في الفصول كلها ويحكم مهر المثل وقال أبويوسف: القول للخروج مع يمينه في جميع الصور إلا أن يأتي بشيء قليل (فتح القدير والعناية ٣/٣٥٤-٣٥٦، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

[2] - هذه رواية الجامع الصغير والأصل، وذكر في الجامع الكبير أنه يحكم متعة مثلها وهو قياس قولهما لأن المتعة موجبة بعد الطلاق قبل الدخول كمهر المثل قبل الطلاق فتحكم المتعة بعد الطلاق كمهر المثل قبله (انظر الهداية والعناية مع فتح القدير ٣/٣٥٦، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

درهم، ثم أظهرا عند الناس مائتين، فالمهر مهر السرّ عند أبي يوسف، وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما المهر مهر العلانية، ولو شهدا[1] على مهر في السرّ فالمهر مهر السرّ بالاتفاق.

١٥٠- وتفسير السرّ: وهو أن يشهد شاهدان[2] فحسب؛ لأن النكاح لا يصح بدونهما، ولو أشهدا ثلاثة فهو علانية.

١٥١- ولو تواضعا في جنس المهر بأن اتفقا على مائة درهم في السرّ، وأظهرا عند الناس مائة دينار فلها مهر المثل في رواية، وفي رواية المهر مهر العلانية.

---

[1] - في (م): "شهد" والصواب ما كتبناه.

[2] - في (م): "شاهدين"، والصواب ما كتبناه.

فصل فى خيار العيب

١٥٢- وإذا كان بالزوجة عيب فلا خيار للزوج في رد النكاح عندنا، وقال الشافعي رحمه الله: له الخيار في العيوب الخمسة، وهي: الجنون، والجذام، والبرص، والرتق، والقرن، وإن كان بالرجل جنون أو برص فلا خيار لها عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: لها الخيار كما في الجب والعنة.

١٥٣- وإن كان عنيناً أجّله الحاكم سنة قمرية، فإن علمت المرأة حاله ثم تزوجت لا خيار لها، وكذا لو رضيت بذلك بعد ما علمت، وإن علمت ولم ترفع الأمر إلى القاضي لا يبطل خيارها بالتوقف.

١٥٤- والخصي يؤجل كما يؤجل العنين ولا يؤجل المجبوب.

فصل في القسم

١٥٥- يجب على الزوج أن يعدل بين امرأتيه في القسم في البيتوتة لا في الوطء؛ لأن ذلك يبتني على النشاط، ولا يقدر على المساواة فيه، فهو نظير[١] المحبة، وكان رسول الله -ﷺ- يعدل بين نسائه في القسم، ويقول: "اللهم هذه قسمتي فيما أملك، فلا تؤاخذني فيما لا أملك[٢]" يعني في زيادة المحبة لبعضهن.

١٥٦- والبكر، والثيب، والقديمة، والجديدة فيه سواء عندنا، إلا إذا كانت إحداهما أمة فللحرة ليلتان، وللأمة ليلة.

١٥٧- وله أن يسافر بمن شاء منهن، والأولى أن يقرع بينهن تطييباً لقلوبهن، ومدة السفر لا تحتسب، حتى لو رجع ليس للأخرى أن تطالب مثل تلك المدة، وكذا لو أقام عند إحديهما ثم حاضت الأخرى يستقبل العدل، وما مضى هدر غير أنه يأثم. فإن عاد إلى الجور بعد ما حكم عليه يعزر فإن رضيت إحداهما بترك قسمها لصاحبتها جاز؛ لأنه

---

[١] - في (م): "نظر"، والصواب ما كتبناه.

[٢] - أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن عائشة قالت: كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم فيعدل ويقول: "اللهم هذا قسمي فيما أملك، فلا تلمني فيما تملك ولا أملك" رواه أبو داود (حديث: ٢١٣٤)، والترمذي (حديث: ١١٤٠)، والنسائي (في عشرة النساء)، وابن ماجه (حديث: ١٩٧١)، والدارمي، والحاكم في المستدرك (٢/ ١٨٧)، وأحمد في المسند (٦/ ١٤٤)، والبيهقي في السنن الكبرى (٧/٤٨٧) أخرج كلهم في النكاح.

حقها، ولها أن ترجع في ذلك؛ لأن هذا إسقاط حق لم يجب بعد فلا يسقط[1].

١٥٨- ولا يعزل عن امرأته الحرة إلا برضاها؛ لأن لها حق في قضاء الشهوة والولد، ويعزل عن أمته بغير إذنها؛ لأنه ليس لها حق في الولد، أما في قضاء شهوتها إفساد ملك المولى فلا يعتبر، ولا اعتماد للعزل في امرأته فيثبت النسب بغير دعوة.

١٥٩- وفي الأمة المنكوحة الإذن في العزل للمولى عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما للأمة.

١٦٠- رجل له امرأة، وهو يقوم بالليل ويصوم بالنهار يأمره القاضي بأن يبيت معها أياماً ويفطر عندها أحياناً إذا طلبت المرأة ذلك منه.

١٦١- رجل له امرأة فأراد أن يتزوج عليها أخرى، إن خاف أن لا يعدل بينهما لا يسعه أن يتزوج، وإن علم أن يعدل بينهما فهو في سعة، وإن لم يفعل ذلك فهو مأجور؛ لأنه ترك إدخال الغم على امرأته، وكذا المرأة إذا أرادت[2] أن يتزوجها على امرأة أخرى وسعها ذلك، وإن تركت تثاب عليه، والله أعلم.

---

[1] - توضيحه: أن الإسقاط إنما يكون في القائم، لأن ما ليس كذلك كان الرجوع عنه امتناعاً لا إسقاطا فكان بمنزلة العارية، وللمعير أن يرجع متى شاء فكذا هذا، كذا في العناية مع الهداية وفتح القدير٣/٤١٧، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان.

[2] - وفي النسخ الثلاث: "أراد" ولعل الصواب ما كتبناه.

مسائل متفرقة

١٦٢- امرأة ادعت على رجل نكاحاً فجحده، وأقامت المرأة البينة عليه يقضى بالنكاح، وجحوده لا يكون طلاقاً، ويسعه أن يطأها، ولها أن تمكنه من الوطء، وإن لم يكن تزوجها في الحقيقة عند أبي حنيفة رحمه الله.

وهذا بناءً على أن قضاء القاضي فيما له ولاية في العقود والفسوخ ينفذ ظاهراً وباطناً عنده، وعندهما ينفذ ظاهراً لا باطناً، حتى لا يجوز وطؤها، ولا يسع لها أن تمكنه عندهما، وإن لم يكن لها بينة يحلف الزوج: ما هي زوجة لي، وإن كانت زوجة لي فهي طالق بائن؛ لأن الاستحلاف يجري في النكاح عندهما، وهو المختار للفتوى، ويحتمل أن يكون كاذباً في حلفه، ولا يقع الطلاق بالجحود فتبقى معلقة لا ذات زوج ولا مطلقة، فلابد من التطليق.

١٦٣- ولو تركت المرأة الخصومة معه لم ينفسخ بتركها حتى لو تزوجت بزوج آخر لا يجوز.

١٦٤- وكذا لو ادعى رجل على امرأة نكاحاً وهي تجحد وأقام الرجل البينة عليها يقضى له بالنكاح كما ذكرنا، وذكر الزعفراني[1] أن

[1] - هو الحسن بن أحمد بن مالك أبو عبد الله الفقيه الزعفراني، كان إماماً ثقة رتب "الجامع الصغير" لمحمد بن الحسن الشيباني ترتيباً حسناً، وله "كتاب الأضاحي" مات سنة عشر وست مائة تقريباً (الفوائد البهية ١٠٤، رقم الترجمة ١١٤ط: شركه دار أرقم، الجواهر المضية ١/ ٤٦، رقم الترجمة ٤٣٤).

القضاء بالنكاح بمحضر من الشهود شرط هنا لاحتمال أن تكون البينة كاذبة، فلابد من النكاح، والنكاح لا ينعقد إلا بمحضر من الشهود، وبه أخذ عامة العلماء، ولو صدّقته المرأة في دعواه أو صدّقها الزوج في دعواها يصير نكاحاً بينهما قضاءً.

١٦٥- رجل زوّج ابنته الصغيرة من رجل، وهو قال: لا أشرب المسكر قط، ثم وجده شريباً مدمنا فكبرت الصبية، وقالت: لا أرضى بنكاح هذا، إن لم يكن أب الزوجة معروفاً بشرب المسكر، وكان من أهل الصلاح كان لها الخيار، لأنه[1] غير كفء لها.

١٦٦- رجل جامع امرأة فيما دون الفرج وهي بكر، فحبلت أي دخل الماء في فرجها، فلما دنا وقت ولادتها، تزال عذرتها ببيضة أو تقطع عذرتها بحرف درهم حتى يخرج الولد.

١٦٧- رجل زوج ابنته وسلمها إلى بيت زوجها بجهاز، ثم قال: إنه كان عارية قبل قوله؛ لأنه هو المسلم إليه، وقيل: لا يقبل قوله إلا إذا أقام ببينة؛ لأنه مدع فالقول قول الزوج، وقيل: الجواب على التفصيل إن كان الأب من الأشراف والكرام لا يقبل قوله: إنه عارية، وإن كان الأب ممن لا يجهز مثله يقبل قوله: إنه عارية.

١٦٨- لو جهز ابنته وسلمه إليها في صحته يكون الجهاز لها ملكاً، فكذا لو اشترى شيئاً لها في حال صغرها يكون لها، ولا يكون إلا بهذا الإقرار.

---

[1] - وفي (م): "لا"، والصحيح ما كتبناه.

والحيلة فيه أن يشتري منها جميع ما جهز بثمن معلوم، ثم البنت تبرئه عن الثمن.

١٦٩- ولو بعث إلى امرأته عند الزفاف ثوباً ليس له أن يسترده منها، ولكن صاحب الثوب يسترده بحجة.

١٧٠- ولو أخذ أهل المرأة شيئاً عند التسليم فللزوج أن يسترده؛ لأنه رشوة.

١٧١- رجل بعث هدية إلى رجل ليزوج بنته فلم يتفق ذلك، يسترده منه ما كان باقياً في يده كالمستقرض إذا أهدى للمقرض هدية فلم يقرضه يسترده منه.

١٧٢- رجل قال لامرأته: غفر الله لك، قد وهبت مهرك، فقالت: أرى بخشيدم يعني نعم وهبت، يكون هبة إلا أن يقول بطريق الاستهزاء.

١٧٣- ولو قال لامرأته: قولي وهبت مهري منك، فقالت ذلك، وهي لا تحسن العربية، لا تصح الهبة، بخلاف الطلاق والعتاق.

١٧٤- رجل تزوج امرأة على أنها بكر، فدخل بها، فإذا هي ثيب، فلها كمال المهر؛ لأن البكارة لا تستحق بالنكاح، والمهر مقابل بالبضع لا بالبكارة، بخلاف ثمن المبيع في الجارية، والعذرة تذهب بأشياء، فليحسن الظن بها.

١٧٥- سكران زوج بنته الصغيرة بأقل من مهر مثلها لا يصح النكاح.

١٧٦- امرأة ماتت، وبعث زوجها إلى أهلها شاة أو بقرة ليذبحوا

في المأتم، إن ذكر قيمتها يوم البعث فله أن يرجع بقيمتها وإلا فلا.

١٧٧- ويجوز لمسلم أن يتزوج كتابية، وغيرها أولى منها؛ لأنه لا يتحقق الائتلاف مع اختلاف في الدين.

١٧٨- روي عن عائشة رضي الله عنها[1] أنها قالت: تزوجني رسول الله -ﷺ- في شوال، وزفّني في شوال، فأي نساء أعطف عليه مني[2].

١٧٩- وإذا أرادت المرأة الحج وأبوها يريد أن يكون لها محرم يزوجها من عبده بغير علمه وعلمها.

---

[1]- أم المؤمنين عائشة بنت أبي بكر الصديقة، زوجة النبي -ﷺ-، من أذكياء العالم وأكابر فقهاء الصحابة، لها نظر عميق، استدركت على الصحابة في عدة مسائل، تدل استدراكاتها هذه على عقليتها وجودة القريحة والطبع الوقّاد، تزوجها النبي -ﷺ- في السنة الثانية بعد الهجرة، فكانت أحب نسائه إليه وأكثرهن رواية للحديث عنه، وكان أكابر الصحابة يسألونها عن الفرائض فتجيبهم، توفيت في المدينة في ليلة من ليالي شهر رمضان المبارك ليلة الثلاثاء السابع عشر منه في السنة الثامنة والخمسين للهجرة (الأعلام للزركلي ٣/ ٢٤٠، وموسوعة فقه عائشة رضي الله عنها/٨٨).

[2] - حديث عائشة رضي الله عنها: تزوجني رسول الله -ﷺ- في شوال... الخ أخرجه مسلم فى النكاح بلفظ: "تزوجني رسول الله -ﷺ- في شوال وبنى بي في شوال فأي نساء رسول الله -ﷺ- كان أحظى عنده مني" (حديث:١٤٢٣)، والنسائي (٦/٧٠)، وابن ماجه في النكاح (حديث: ١١٩٩).

كتاب الرضاع

١٨٠- الرضاع في اللغة عبارة عن مص مخصوص، وهو أن يكون رضيعاً في موضع مخصوص، وهو في ثدي ابنة بني آدم، في وقت مخصوص، وهو مدة الرضاع.

١٨١- وقليل الرضاع وكثيره سواء عندنا، إذا حصل في مدة الرضاع يوجب الحرمة لإطلاق قوله تعالى: ﴿وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة[١]﴾، وقوله -ﷺ-: "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب"[٢]، والقليل إذا وصل إلى جوفه سواء وصل من ثدي أو من ظرف أو وصل بالوجور والسعوط، أو مختلطاً بالدواء، واللبن غالب، وسواء كانت المرأة المرضعة بكراً كانت أو ثيباً، لها زوج أو لم يكن، حية كانت أو ميتة، يثبت الرضاع عندنا لأنه رضاع؛ إذ معنى الرضاع في إنبات اللحم وإنشاء العظم[٣].

---

[١] - النساء: ٢٣

[٢] - حديث "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب" صحيح، أخرجه البخاري، (حديث: ٢٦٤٦ و٣١٠٥)، ومسلم (حديث: ١١٤٤)، وأبو داود (حديث ٢٠٥٥)، والترمذي (حديث: ١١٤٧)، والنسائي (٦/ ٩٨، ٩٩)، وابن ماجه (حديث: ١٩٣٧)، وأحمد (٦/ ٤٤، ٥١، ١٧٨)، والبيهقي (٧/ ١٥٩، ٤٥١).

[٣] - وفي الهداية: "ولأن الحرمة وإن كانت لشبهة البعضية الثابتة بنشوز العظم وإنبات اللحم لكنه أمر مبطن فتعلق الحكم بفعل الإرضاع" (الهداية مع فتح

١٨٢- وبالإقطار في الأذن والإحليل لا يثبت الرضاع، وفي الاحتقان خلاف محمد أي تثبت الحرمة عنده[١]، وقيل: الإنبات إنما يكون بالأعلى لا في الأسفل[٢]، وعند الشافعي: لا يثبت الرضاع إلا بخمس رضعات، وعند مالك: لا يثبت إلا بثلاث رضعات.

١٨٣- ومدة الرضاع ثلاثون شهراً عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما سنتان، وهو قول الشافعي رحمه الله، وعند زفر رحمه الله ثلاث سنين، فإذا مضت المدة لم يتعلق به التحريم، ولا يعتبر الفطام قبل المدة، وفي رواية: قبل الحولين إلا رواية عن أبي حنيفة رحمه الله إذا استغنى عنه الصبي، وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله أنه إذا فطم فى الحولين فتعوّد الصبي بالطعام، ثم أرضعت في المدة امرأة أخرى لا يثبت الرضاع في ظاهر الرواية، وفي رواية عنه أن الرضاع إذا وجد في ثلاثين شهراً تثبت الحرمة قبل الفطام وبعده، وعليه الفتوى. وهل يباح الإرضاع بعد المدة؟ فيه خلاف[٣].

القدير ٤٢٢/٣، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

[١] – في (م): "عندهما" وهو خطأ والصحيح ما كتبناه، وانظر للتفصيل الهداية على فتح القدير٤٣٦/٣، دار الكتب العلمية.

[٢] – وفي الهداية: "لأن المغذي وصوله من الأعلى" وقال ابن الهمام: وجه الظاهر أن المناط طريق الجزئية وليس ذلك في الواصل من السافل بل إلى المعدة وذلك من الأعلى فقط، والإقطار في الإحليل غاية ما يصل إلى المثانة فلا يتغذى به الصبي (الهداية مع فتح القدير ٤٣٦/٣، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

[٣] – قال المصنف في الهداية: "قيل: لا يباح لأن إباحته ضرورية لكونه جزء

١٨٤- والواجب على النساء أن لا يرضعن كل صبي من غير ضرورة، فإن أرضعن فليحفظن أو ليكتبن احتياطاً.

١٨٥- والأصل فيه أن كل رضيعين اجتمعا على ثدي امرأة واحدة، سواء اجتمعا في زمن واحد أو في أزمنة مختلفة لم يجز لأحدهما أن يتزوج بالآخر؛ لأنهما أخ وأخت باعتبار الأم.

١٨٦- ولبن الفحل يتعلق به التحريم أيضاً عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله في أحد قوليه وهو أن ترضع المرأة صبية فتحرم هذه الصبية على زوجها وعلى آبائه وأبنائه، ويصير الزوج الذي نزل لها منه اللبن أباً للمرضعة حتى لو كان لرجل امرأتان فأرضعت إحداهما صبياً والآخر صبية، فتحرم هذه الصبية للصبي عندنا، وكذا حكم عبد الله بن عباس رضي الله عنهما باعتبار لبن الفحل[١]؛ لأن أباهما واحد.

الآدمي" (انظر: الهداية على فتح القدير٤٢٧/٣، كتاب الرضاع).

[١] - أثر عبد الله بن عباس رضي الله عنهما عن "لبن الفحل"، في موسوعة فقه ابن عباس رضي الله عنهما أنه سئل عن رجل تزوج إمرأتين، فأرضعت الواحدة جارية وأرضعت الأخرى غلاماً، هل يتزوج الغلام الجارية؟ فقال: لا، اللقح واحد لا تحل له، (ص: ٣٥١) وفي إعلاء السنن لظفر احمد التهانوي: وممن قال بتحريمه: علي، وابن عباس، وعطاء، وطاؤس، ومجاهد، والحسن، والشعبي، والقاسم، وعروة، ومالك، والثوري، والأوزاعي، والشافعي، وإسحاق، وأبو عبيد، وأبوثور، وابن المنذر، وأصحاب الرأي، قال ابن عبد البر: وإليه ذهب فقهاء الأمصار بالحجاز، والعراق، والشام، وجماعة أهل الحديث، ورخص في لبن الفحل سعيد بن المسيب، وأبو سلمة بن عبد الرحمن، وسليمان بن يسار، وعطاء بن يسار، والنخعي، وأبو قلابة، ويروى

١٨٧- وكذا لو أرضعت إحدى امرأتيه صبية فتحرم هذه الصبية على ابنه من امرأة أخرى.

١٨٨- ولو نزل لإحدى امرأتيه لبن من غير ولد فأرضعت صبية لا تحرم على ابنه من امرأة أخرى؛ لأنه لم ينزل منه اللبن.

١٨٩- رجل تزوج كبيرة وصغيرة، فأرضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج، الكبيرة حرمت حرمة مؤبدة، والصغيرة حرمت في الحال، ويجوز أن يتزوجها بعقد جديد[١].

١٩٠- وإن تزوج صغيرة فطلقها ثم تزوج كبيرة، فأرضعت الصغيرة حرمت الكبيرة؛ لأنها صارت أم امرأته.

١٩١- رجل تزوج امرأة، ولها لبن من الأول ثم حبلت من الزوج الثاني فأرضعت صبية، فاللبن من الأول عند أبي حنيفة رحمه

ذلك عن ابن الزبير وجماعة من أصحاب النبي -ﷺ- غير مسمين، لأن الرضاع من المرأة دون الرجل، (إعلاء السنن ١٢٢/١١، والمغني لابن قدامة ٩/ ٢٠١، ٢٠٢، ط: دار الفكر).

[١] - في فتح القدير لابن الهمام: ثم حرمة الكبيرة حرمة مؤبدة لأنها أم امرأته، والعقد على البنت يحرم الأم، وأما الصغيرة فإن كان اللبن الذي أرضعتها به الكبيرة نزل لها من ولد ولدته للرجل كانت حرمتها أيضاً مؤبدة كالكبيرة لأنه صار أبا لها، وإن كان نزل لها من رجل قبله ثم تزوجت هذا الرجل وهي ذات لبن من الأول جاز له أن يتزوجها ثانياً لانتفاء أبوّته لها، إلا إن كان دخل بالكبيرة فيتأبد أيضاً لأن الدخول بالأم يحرم البنت (فتح القدير ٤٣٧/٣، ٤٣٨، كتاب الرضاع، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان).

الله حتى تلد، وعند أبي يوسف إن علم أنه من الثاني فهو من الثاني، وإن أشكل فهو من الأول، وقيل: إنه يعلم بالرقة والثخانة، وعند محمد يثبت منهما، وبعد الولادة يثبت من الثاني بالاتفاق، وقيل: الحبل يثبت من الأول بالاتفاق.

١٩٢- امرأة أدخلت حلمة ثديها في فم صبي، ولا يدرى دخل اللبن في حلقه أم لا، لا تثبت الحرمة؛ إذ الشك في الحرمة.

١٩٣- صبية أرضعت من بعض نساء أهل القرية ولا يدرى من كانت، ثم تزوجها رجل من أهل تلك القرية فهو في سعة.

١٩٤- إذا ظهر حبل المرضعة وخافت على ولدها الهلاك، وزوجها معسر يباح لها أن تسقطه قبل أن يخلق عضو؛ لأنه ليس بآدمي، وأقل مدته مأة وعشرون يوماً على ما قالوا.

١٩٥- وإذا لم يأخذ الصبي ثدي غير أمه، أو لم توجد من ترضعه، تجبر الأم على الإرضاع، وعليه الفتوى صيانة للصبي عن الضياع؛ لأن الإرضاع كان مستحقاً عليها ديانة، وعند مالك رحمه الله: تجبر الأم على الإرضاع إذا لم تكن شريفة.

١٩٦- رجل أقر أن هذه المرأة أمه أو أخته أو بنته من الرضاع أو النسب، ثم قال: أوهمت، أو أخطأت، أو نسيت فصدقته المرأة يجوز له أن يتزوجها عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله؛ لأن هذا مما يقع فيه الاشتباه، والحل والحرمة حق الشرع، وكل واحد منهما أمين فيه ولا يكذبهما أحد، وإن ثبت على إقراره لم يجز له أن يتزوجها.

١٩٧- ولو أقر بعد ما تزوج امرأة أنها أخته من الرضاع، إن

أصر عليه أو أشهد عليه يفرق بينهما، وإن رجع عنه قبل الإصرار أو لم يشهد لم يفرق عندنا خلافاً للشافعي، وإن قال لامرأته: هذه بنتي من الرضاعة، وثبت على ذلك إن كان يولد مثلها لمثله، وليس لها نسب معروف يفرق بينهما.

١٩٨- ولا تقبل في الرضاع شهادة النساء منفردات عندنا، وإنما تثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين؛ لأنه مما يطلع عليه الرجال، ولأنه يلزم بطلان النكاح الثابت بها أو بطلان محلية العقد إن كان قبل العقد وهو لا يصلح له.

ولو أقامت عنده حجة دينية يفتى له بالأخذ للاحتياط؛ لأن ترك نكاح امرأة يحل له نكاحها أولى من أخذ نكاح امرأة لا تحل له.

وعند الشافعي رحمه الله يثبت بشهادة أربع نسوة، وعند مالك رحمه الله يثبت بشهادة امرأة واحدة.

١٩٩- رجل تزوج امرأة، ثم أخبر مسلم أو امرأة ثقة أنها أخته من الرضاع، إن صدقاها[١] يجب أن يفرق بينهما، وإن صدق أحدهما يستحب أن يفرق بينهما، وإن لم يصدقا لم يفرق بينهما حكماً إلا بحجة تامة، ولكن ينبغي أن يتنزه فيفارقها لقوله عليه السلام: "من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلايقفن مواقف التهم"[٢]، ولقوله عليه السلام: "دع ما

---

[١] - وفي (م): "صدقها" والصواب ما كتبناه.

[٢] - ذكره شمس الدين السفيري في شرح صحيح البخاري ٤/٣٢، في ذكر خواتم النبي صلى الله عليه وسلم، والزمخشري في سورة يوسف، والأحزاب، وقال

يريبك إلى ما لا يريبك"[1].

ولأن[2] يدع وطياً حلالاً خير من أن يقدم على وطءٍ حرام، ولابد من أن يطلقها؛ لأنها منكوحة حكماً، ولا تقدر أن تتزوج بغيره بغير طلاق منه، ويعطيها نصف مهرها إن كان قبل الدخول بها لاحتمال وجوبه ويستحب لها أن لا تأخذ لاحتمال بطلان النكاح.

وإن كان بعد الدخول تأخذ قدر مهر مثلها وتتنزه عن أخذ الزيادة منه؛ لأنها لا تستحق من وجه، فإذا لم تثبت الفرقة بهذا الخبر بقي النكاح على حاله، حتى لا يجوز أن يتزوج أختها وأربعاً سواها حتى يثبت فساد العقد بحجة تامة.

الزيلعي: غريب (تخريج أحاديث الكشاف لجمال الدين الزيلعي ٢/١٦٦، ٣/١٣٦، دار ابن خزيمة الرياض).

[1] – حديث: "دع ما يريبك إلى ما لا يريبك" رواه الترمذي في سننه وقال: حسن صحيح (سنن الترمذي بتحقيق أحمد محمد شاكر، وحديث: ٢٥١٨، ٤/٦٦٨، دار إحياء التراث العربي).

[2] – في (م): "ولا تدع" والصواب ما كتبناه.

كتاب الطلاق

٢٠٠- الطلاق في الشرع[١] عبارة عن رفع العقد الحكمي، وإزالة الملك عن محله، وإسقاط الحق وإزالته عن المحل، تختلف أسماؤه باختلاف أنواعه، فإزالة حق البضع وإسقاطه يسمى طلاقاً، وإزالة الرق عن العبد يسمى إعتاقاً، وإسقاط حق القصاص يسمى عفواً، وإسقاط الدين عن ذمة المديون يسمى براءة، وهو تصرف مشروع إذا صدر من أهله مضافاً إلى محله.

٢٠١- فركنه[٢] قوله: أنت طالق أو طلقتك.

٢٠٢- والأهلية فيه كون المطلق عاقلاً بالغاً[٣]، والمحلية فيه كون

---

[١] - وفي (ن، ع): "في الشرع" ساقط.

[٢] - في البدائع: ركن الطلاق هو اللفظ الذي جعل دلالة على معنى الطلاق لغة، وهو التخلية والإرسال، ورفع القيد في الصريح، وقطع الوصلة ونحوه في الكنايات، أو شرعاً: وهو إزالة حل المحلية في النوعين أو ما يقوم مقام اللفظ، أما اللفظ فمثل أن يقول في الكناية: أنت بائن أو أبنتك، أو يقول في الصريح: أنت طالق أو طلقتك وما يجري هذا المجرى" (ر: بدائع الصنائع ٩٨/٣).

[٣] - وفي الفتح: "شرطه في الزوج أن يكون عاقلاً بالغاً مستيقظاً، وفي الزوجة أن تكون منكوحته أو في عدته التي تصلح معها محلاً للطلاق، وفي المحيط: المعتدة بعدة الطلاق يلحقها الطلاق والمعتدة بعدة الوطأ لا يلحقها الطلاق" (ر: فتح القدير ٤٤٣/٣ كتاب الطلاق، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان).

المرأة منكوحة.

٢٠٣- وحكمه زوال الملك عن المحل أو انتقاص الحل.

٢٠٤- وقيل: الطلاق مصدر من طلق يطلق طلاقاً من باب نصر ينصر، وقيل: هو مصدر من باب التفعيل كالتسليم والسلام[١].

٢٠٥- والأصل فيه الحظر عندنا[٢]، والإطلاق يعارض الحاجة إلى الخلاص[٣] لقوله عليه السلام: "تزوجوا[٤] ولا تطلقوا"، وقوله عليه السلام: "ما خلق الله[٥] تعالى مباحاً أحب إليه من العتاق، ولا خلق مباحاً

---

[١] - كذا في الفتح (٤٦٣/٣).

[٢] - كذا في الفتح (ر: ٤٦٥/٣).

[٣] - وفي الهداية: "الأصل في الطلاق هوا لحظر والإباحة لحاجة الخلاص" (الهداية مع فتح القدير ٤٤٨/٣).

[٤] - الحديث بهذا اللفظ في "الفوائد المجموعة في الأحاديث الموضوعة" رواه الخطيب عن علي رضي الله عنه مرفوعاً، قال محمد بن علي الشوكاني: وفي إسناده عمرو بن جميع يروي الموضوعات عن الثقات (ر: الفوائد المجموعة في الأحاديث الموضوعة من كتاب الطلاق /١٣٩).

[٥] - روى الدار قطني في سننه بلفظ: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "ما خلق الله شيئا على وجه الأرض أحب إليه من العتاق، ولا خلق الله شيئا على وجه الأرض أبغض إليه من الطلاق" (سنن الدارقطني ٦٣/٥، مؤسسة الرسالة)، وروى طرفه الحاكم: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "ما أحل الله شيئاً أبغض من الطلاق" وقال: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه وقال الذهبي: على شرط مسلم (المستدرك على الصحيحين للحاكم ٢١٤/٢، كتاب الطلاق بتحقيق مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية).

أبغض إليه من الطلاق"، ولأن في الطلاق قطع الوصلة التي تعلقت به المصالح الدينية والدنيوية، إلا أن الإباحة للحاجة عند التنافر والتشاجر، فيقدر بقدر ما تندفع الحاجة[١] به، وهو إيقاع[٢] الواحدة في طهر لم يجامعها فيه، ويتركها حتى تنقضي عدتها، والخلاص بالواحدة يحصل فلا حاجة إلى الزيادة عليها، ولأنها طلاق بلا كراهة عند الجمهور، ولهذا استحبها[٣] الصحابة رضي الله عنهم[٤]، وقال مالك رحمه الله: السنة في الطلاق الاقتصار على الواحدة[٥]، لقوله تعالى: ﴿فطلقوهن

---

[١] - كذا في البدائع (ر: ٢/٩٧).

[٢] - وحاصله أن السنة في الطلاق من وجهين: العدد، والوقت، فالعدد وهو أن لا يزيد على الواحدة بكلمة واحدة وفي طهر لا وطء فيه للمدخولة وهو السني الأحسن، أو ثلاثاً مفرقة في ثلاثة أطهار أو أشهر وهو السني الحسن، كذا ذكره في رد المحتار على الدر المختار (ر: ٢/٤٥٤، مطلب طلاق الدور، دار الفكر للطباعة والنشر).

[٣] - وفي (م): "استحبوها"، والصحيح ما كتبناه.

[٤] - وفي الفتح: "قال محمد: بلغنا عن إبراهيم النخعي أن أصحاب رسول الله -ﷺ- كانوا يستحبون أن لا يزيدوا في الطلاق على واحدة حتى تنقضي العدة، فإن هذا أفضل عندهم من أن يطلق الرجل امرأته ثلاثاً عند كل طهر واحدة، ولأنه أبعد من الندامة (ر: ٣/٤٦٩).

[٥] - كذا في شرح منح الجليل، وقال: "طلاق السنة واحدة بطهر لم يمس فيه بلا عدة وإلا فهو طلاق بدعي" وفي المدونة: قال مالك: لا أرى أن يطلقها ثلاث تطليقات عند كل طهر طلقة، ولكن تطليقة واحدة ويمهل حتى تنقضي العدة (ر: المدونة الكبرى ٢/٦٦، وشرح منح الجليل ر: ٢/٢٠٢).

لعدتهن﴾[1] أي قبل عدتهن ولو زاد على الواحدة لوقع الثاني في العدة لا قبلها.

وعند الشافعي رحمه الله الأصل في الطلاق الإباحة، لإطلاق قوله تعالى: ﴿لا جناح عليكم إن طلقتم النساء[2]﴾، وقوله: ﴿فطلقوهن﴾[3] والحرمة فيه بعارض، وهو إيحاش المرأة وإيذائها، ولا تفاوت فيه بين طلقة واحدة وبين ثلاث عنده، فيباح له الثلاث جملة واحدة، وتفريقها في طهر واحد، ولأن إيقاع الثلاث مشروع حتى يستفاد منه الحكم، والمشروع لا يجامع الحظر[4] كما هو مذهبه، بخلاف الطلاق في حالة الحيض، فإنه مكروه؛ لأن المحرم تطويل العدة عليها، وهو ضرر بها.

٢٠٦- إذا طلق الرجل امرأته المدخول بها ثلاثاً أو ثنتين بكلمة واحدة، أو ثلاثاً في طهر واحد، أو طلقها عقيب الجماع أو حالة الحيض

---

[1] - الطلاق: ١.

[2] - البقرة: ٢٣٦.

[3] - الطلاق:١.

[4] - كذا في كتاب الأم، وقال: "لا يحرم عليه أن يطلقها ثلثاً؛ لأن الله تعالى أباح الطلاق وليس بمحظور" (ر: كتاب الأم ١٩١/٣)، وفي المجموع شرح المهذب: "طلاق البدع وهو اثنان، أحدهما: طلاق المدخول بها في حال الحيض من غير حمل، والثاني: طلاق من يجوز أن تحبل في الطهر الذي جامعها فيه قبل أن يستبين الحمل (ر: ٧٣/١٧)، وفي كتاب الأم أيضا: "فالطلاق مباح لكل زوج لزمه الفرض، ومن كانت زوجته لا تحرم من محسنة ولا مسيئة في حال (ر: كتاب الأم ١٧٩/٢ إباحة الطلاق، دار المعرفة بيروت).

بائناً فهذا كله بدعي، فيقع الطلاق بها، ويأثم به الزوج، ويصير عاصياً عندنا خلافاً للشافعي[1] رحمه الله، وفي إيقاع الواحدة البائنة اختلاف في كونها بدعياً، قال في الأصل: إنه أخطأ السنة؛ لأنه لا حاجة إلى إثبات البينونة، وذكر في الزيادات[2] أنه لا يكره للحاجة إلى الخلاص من الفاجرة[3].

٢٠٧- ولو تخلل[4] بين الطلقتين في طهر واحد رجعة[5] أو نكاح فهو بدعي عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، وعند أبي حنيفة رحمه الله فهو سني[6]، حتى لو قال لامرأته: ويدها في يده بشهوة: أنت طالق

---

[1] - وقال الشافعي رحمه الله: علم النبي -ﷺ- ابن عمر موضع الطلاق ولو كان في الطلاق مباح ومحظور علمه إن شاء الله تعالى إياه (كتاب الأم ١٨٠/٥، جماع وجه الطلاق، دار المعرفة بيروت).

[2] - الزيادات: في فروع الحنفية للإمام محمد بن الحسن الشيباني (م: ١٨٩) وقد شرحها جماعة، منهم: قاضى خان (م:٥٩٢)، وسراج الدين الهندي (م: ٧٧٣)، واختصره الحاكم الشهيد، وأيضاً شرحها البزدوى والحلواني، وسماه الزيادات، ولم يكمله، لأنه زاد فيه فروعاً لم يذكرها فى الجامع الكبير، (كشف الظنون٢/ ٩٦٢).

[3] - كذا في فتح القدير ٤٥٦/٣، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان، رد المحتار على الدر المختار (ر: ٤٥٣/٢).

[4] - انظر للتفصيل: الفتح (٤٨٣/٣).

[5] - في (م): "رجعية"، والصحيح ما كتبناه.

[6] - وفي فتح القدير: ذكر الطحاوي أن أثر الطلاق انعدم بالمراجعة فصار كأنه لم يطلقها في هذه الحيضة فيسن تطليقها في الطهر الذي يليها، وعلى هذه

ثلثا للسنة وقعت سنياً في الحال عنده.

وعند الروافض لا يقع[1] الطلاق في حالة الحيض، وكذا في الطهر الذي جامع فيه.

٢٠٨- ولو طلقها ثلاثاً في ثلاثة أطهار يصير سنياً من حيث الوقت[2] لا من حيث العدد عندنا، وعند مالك رحمه الله يصير بدعيا؛ لأن

الرواية يتفرع ما عن أبي حنيفة أنه إذا طلقها في طهر لم يجامعها فيه ثم راجعها لا يكره أن يطلقها الثانية في ذلك، ولو راجعها بعد الثانية لا يكره إيقاع الثالثة، وعلى هذا فرع ما لو أخذ يدها بشهوة ثم قال لها: أنت طالق ثلاثاً للسنة تقع الثلاث للسنة في الحال متتابعة؛ لأنه يصير مراجعاً بالمس بشهوة، فيكون الوقت وقت طلاق السنة، فيقع الثاني، وكذا الثالث، وعلى ظاهر الرواية وهو قولهما لا يقع إلا الأولى، ثم في أول كل طهر بعد حيضة تقع أخرى، فما ذكر في المنظومة، ومجمع البحرين من نسبة ذلك إلى أبي حنيفة إنما هو على رواية الطحاوي لا على ظاهر مذهبه، هذا إذا وقعت الرجعة بالقول أو بالمس (ر: فتح القدير ٤٦٤/٣، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان)، وفي البحر، أما إذا رجعها بالجماع فليس له ذلك بالإجماع؛ لأن هذا طهر فيه جماع (ر: ٢٥٨/٣، دار المعرفة). هذا في تخلل الرجعة فأما لو تخلل النكاح بأن كان الأول بائناً فقيل: لا يكره الطلاق الثاني اتفاقاً (فتح القدير ٤٦٤/٣، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان).

[1] - وفي فتح القدير: "فعن الإمامية لا يقع بلفظ الثلاث ولا في حالة الحيض (٤٤٩/٣، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان).

[2] - والسنة في الطلاق من وجهين: سنة في الوقت، وسنة في العدد، فالسنة في العدد يستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها وهي أن يطلق واحدة،

عنده لا يباح إلا واحدة.

٢٠٩- وإن كانت المرأة لا تحيض من صغر أو كبر يطلقها في كل شهر تطليقة، وإن كان الإيقاع في أول الشهر يعتبر الشهر بالأهلة، وإن كان في وسطه يعتبر بالأيام[١].

٢١٠- وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع، ثم زمان الحبل وإن طال فهو طهر واحد عند محمد رحمه الله كالممتد طهرها، وعندهما كل شهر منه يقوم مقام طهر كالآيسة والصغيرة[٢]، والله أعلم.

والسنة في الوقت تثبت في المدخول بها خاصة، وهو أن يطلق في طهر لم يجامعها فيه (الهداية وفتح القدير ٤٥٦/٣، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

[١] - وفي رد المحتار وفتح القدير: "إن طلقها في أول الشهر وهو الليلة التي رؤي فيها الهلال تعتبر الشهور بالأهلة اتفاقاً في التفريق والعدة وإلا اعتبر كل شهر ثلاثين يوماً في تفريق الطلاق اتفاقاً وكذا في حق انقضاء العدة عنده، وعندهما: شهر بالأيام، وشهران بالأهلة، قال في الفتح: قيل: الفتوى على قولهما؛ لأنه أسهل وليس بشيء" (ر: رد المحتار على الدر المختار ٤٥٤/٢، وفتح القدير لابن همام ٤٥٢/٣، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

[٢] - كذا في الفتح والبحر والهندية ورد المحتار على الدر المختار (ر: ٤٨٠/٣، ٢٥٩/٣، الشامي ٤٥٤/٢، الهندية ٣٤٩/١).

فصل في صريح الطلاق وكنايته

٢١١- صريح الطلاق قوله: أنت طالق، ومطلقة، وطلقتك، يقع بهذه الألفاظ الطلاق الرجعي؛ لأن هذه الألفاظ تستعمل في الطلاق، ولا تستعمل في غيره، فكان صريحاً فيه[١]، وإنه يعقب الرجعة بقوله تعالى: ﴿فأمسكوهن بمعروف﴾[٢]، ولأن النكاح عقد مرغوب فيه ومندوب إليه فالله ترحم علينا بتأخير حكم الطلاق إلى انقضاء العدة، وهو البينونة والحرمة ليتدارك المرأ عما جرى منه، إذ التطليق يقع عند الغضب غالباً فلا بد له من الندامة.

٢١٢- وإذا طلقها ثلاثاً أو بائناً فقد أبطل حقه من غير حاجة، ولهذا قالوا يأثم فيه، وقوله بالفارسية بهشتم[٣] وبائى كشاده كردم وبله كردم بمنزلة قوله: طلقتك يقع بلا نية.

٢١٣- ثم الطلاق الرجعي لا يحرم الوطء ولا دواعيه عندنا؛ لأن الرجعة استدامة النكاح لا إعادته عندنا، ولهذا تصح الرجعة بالقول والفعل وبدون الإشهاد، بخلاف ابتداء النكاح، وعند الشافعي هو يحرم

---

[١] - فإن ما غلب استعماله في معنى بحيث يتبادر حقيقة أو مجازا صريح، فإن لم يستعمل في غيره فأولى بالصراحة (فتح القدير ٣/٤، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

[٢] - الطلاق: ٢.

[٣] - وفي (ن، ع): "بهشتم وباكشا كردم".

الوطي؛ لأنه بمنزلة ابتداء النكاح، ولهذا لا تصح الرجعة إلا بالقول[1] والإشهاد عنده كما في ابتداء النكاح.

٢١٤- ثم مس المرأة زوجها بشهوة منه كمسّه في حق الرجعة كما في حرمة المصاهرة.

٢١٥- ثم صريح[2] الطلاق يستغني عن النية؛ لأنه صريح فيه لغلبة الاستعمال في الطلاق لا غير فلا يحتاج إلى النية، والنية إنما تعتبر في تمييز أحد المختلفين[3].

---

[1] - وفي مختصر المزني: "ولما لم يكن نكاح ولا طلاق إلا بكلام فلا تكون الرجعة إلا بكلام، والكلام بها أن يقول: قد راجعتها أو ارتجعتها أو رددتها إليّ، فإن جامعها ينوي الرجعة أو لا ينويها فهو جماع شبهة ويعزران إن كانا عالمين، ولها صداق مثلها وعليها العدة، ... وإن لم يقم بينة لم يفسخ نكاح الآخر، ولو ارتجع بغير بينة، وأقرت بذلك فهي رجعة، وكان ينبغي أن يشهد" (ر: مختصر المزني ١٩٦/١، من الإملاء على مسائل ابن القاسم، دار المعرفة).

[2] - "الصريح نوعان: صريح رجعي وصريح بائن فالصريح الرجعي فهو أن يكون الطلاق بعد الدخول حقيقة غير مقرون بعوض ولا بعدد الثلاث لا نصاً ولا إشارة ولا موصوفاً بصفة تنبئ عن البينونة أو تدل عليها من غير حرف العطف ولا مشبهاً بعدد أو صفة تدل عليها، وأما الصريح البائن فبخلافه وهو أن يكون بحروف الإبانة أو بحروف الطلاق، لكن قبل الدخول حقيقة أو بعده، لكن مقرونا بعدد الثلاث نصاً أو إشارةً أو موصوفاً بصفة تدل عليها (ر: بدائع الصنائع ١٦٠/٣-١٦١ بيان صفة الواقع بها).

[3] - كذا في (م): ولعل الصواب "المحتملين" كما في فتاوى النوازل ص: ١٩٩،

وكذا لا تعتبر نية الإبانة فيه؛ لأنه قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء المدة[1] فرد عليه قصده فيه.

وكذا لا تعتبر فيه نية الثلاث والثنتين عندنا؛ لأن اللفظ نعت فرد لا يحتمل العدد. والنية الخالية عن اللفظ الدال عليها لا تعتبر؛ لأن الطلاق ثبت بهذه الألفاظ بطريق الاقتضاء فلا عموم له، وقال الشافعي: يقع عما[2] نوى؛ لأنه محتمل لفظه، فإن ذكر الطالق ذكر للطلاق كذكر العالم ذكر للعلم.

ولو نوى الطلاق عن وثاق لم يدين في القضاء؛ لأنه خلاف الظاهر ويدين فيما[3] بينه وبين الله تعالى؛ لأنه يحتمله[4].

وفي البدائع: "إذ النية عملها في تعيين المبهم ولا إبهام فيها" (ر: بدائع الصنائع).

[1] – كذا في (م)، ولعل الصواب: "بانقضاء العدة" كما في الهداية مع فتح القدير ٥/٤، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان.

[2] – ويقع عما نواه عند الجمهور وهو قول الأئمة الثلاثة وزفر وقول أبي حنيفة الأول ثم رجع عنه، انظر للتفصيل: (الفتح٤/٩ دار الكتب العلمية بيروت – لبنان، البحر الرائق ٣/ ٢٧٥).

[3] – وفي الدر المختار "ولو نوى به الطلاق عن وثاق ديّن إن لم يقرنه بعدد" هذا الشرط ذكره في البحر وغيره فيما لو صرح بالوثاق أو القيد بأن قال: أنت طالق ثلثاً من هذا القيد فيقع قضاء وديانة كما في البزازية (ر: رد المحتار على الدر المختار ٤٢١/٢).

[4] – إذ الطلاق من الإطلاق يستعمل في الإبل أو الوثاق فيحتمل أن يكون الطلاق عبارة عنه مجازا (العناية مع فتح القدير ٦/٣، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

ولو نوى الطلاق عن العمل لم يدين في القضاء ولا في الديانة، وعن أبي حنيفة رحمه الله يدين ديانة[1].

٢١٦- ولو قال لامرأته بالفارسية[2]: "بهشتم[3]" ولا نية له يقع واحدة رجعية عند أبي حنيفة، ولو قال: "بهشتم إن زن[4]" فهو كناية عند أبي حنيفة رحمه الله فلا يقع إلا بالنية، فإن نوى واحدة رجعية يقع، وإن نوى بائناً يقع بائناً، وإن نوى ثلاثاً يقع ثلاثاً، وقال أبويوسف رحمه الله:

---

[1] - لأنه يستعمل للتخلص فكأنه قال: أنت متخلصة عن العمل وهذا إذا لم يصرح بذكره، أما إذا قال: أنت طالق من عمل كذا موصولاً صدق ديانة رواية واحدة (العناية وفتح القدير ٥/٤، ٦، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

[2] - في البدائع: والأصل الذي عليه الفتوى في زماننا هذا في الطلاق بالفارسية أنه إن كان فيها لفظ لا يستعمل إلا في الطلاق فذلك اللفظ صريح يقع به الطلاق من غير نية إذا أضيف إلى المرأة، ... وما كان بالفارسية من الألفاظ ما يستعمل في الطلاق وفي غيره فهو من كنايات الفارسية فيكون حكمه حكم كنايات العربية في جميع الأحكام، (ر: بدائع الصنائع٣/١٥٠، دار الفكر بيروت – لبنان).

[3] - وفي الهندية: "وكان الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني رحمه الله تعالى يفتي في قوله "بهشتم" بالوقوع بلا نية، ويكون الواقع رجعياً، ويفتي فيما سواها باشتراط النية، ويكون الواقع بائناً، كذا في الذخيرة (ر: الفتاوى الهندية٣/١٠٢، البدائع ٣/١٠٢)، وهذا اختلاف عصر وزمان لا حجة وبرهان، كذا في الغياثية (٣٧٩/١).

[4] - وفي (ن،ع): "از زن"، ومعنى هذه الكلمات بالعربية خليت (بدائع الصنائع٣/١٤٩، دار الفكر بيروت – لبنان).

فهو صريح في الإيقاع بالفارسية، وقال محمد رحمه الله: لو قال: إن زن بهشتم فهو طلاق وإن لم ينو.

٢١٧- ولو طلق امرأته تطليقة واحدة، ثم قال بعد ذلك: جعلتها ثلاثاً[١] يصير[٢] ثلاثاً[٣] عند أبي حنيفة[٤] رحمه الله خلافاً لهما.

ولو قال: جعلت هذه الطلقة بائنا تصير بائنا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، خلافاً لمحمد رحمه الله تصحيحاً بكلامه وتحصيلاً لغرضه.

---

[١] - وفي البدائع: "أن معنى جعل الواحدة ثلاثاً أنه ألحق بها اثنتين لا أنــه جعــل الواحدة ثلاثاً".

[٢] - وفي (ن، ع): "يكون" مكان "يصير".

[٣] - وفي ظاهر الرواية: "لغت نيته في الإبانة والثلاث أيضاً؛ لأنه نــوى تغييــر الشرع، لأن الشرع أثبت البينونة بهذا اللفظ مؤجلاً إلى ما بعد انقضاء العدة، فإذا نوى إبانتها للحال معجلاً فقد نوى تغيير الشرع، وليس له هــذه الولايــة فبطلت نيته (ر: بدائع الصنائع ١٥٠/٣، دار الفكر بيروت – لبنــان، البحــر الرائق ٢٧٥/٣، دار المعرفة).

[٤] - وفي البدائع: لو طلق امرأته تطليقة يملك الرجعة ثم قال لها: قبــل انقــضاء العدة قد جعلت التطليقة التي أوقعتها عليك ثلاثا أو قال: قــد جعلتهــا بائنــاً، اختلف أصحابنا الثلاثة فيه، قال أبو حنيفة: يكون ثلاثا ويكون بائنــا، وقــال محمد: لا يكون ثلاثا ولا بائنا، وقال أبو يوسف: يكون بائنا ولا يكون ثلاثــا (بدائع الصنائع ١٥٣/٣، دار الفكر بيروت – لبنان، البحر الرائــق ٢٧٥/٣، دار المعرفة).

فصل في الكناية

٢١٨- أما الكناية كلها بوائن عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله إلا الثلاث، وهو قوله: اعتدي، واستبرئ رحمك، وأنت واحدة.

٢١٩- أما الخلع والطلاق على مال فبائن بالإجماع؛ لأنه بمنزلة اليمين في حق الزوج [حتى لا يصح رجوعه قبل القبول][١]، ولا يصح فيه شرط الخيار.

٢٢٠- ولو قال: أنت الطلاق، ونوى به الثلاث يصح[٢]؛ لأن المصدر اسم جنس يحتمل الكل من حيث أنه جنس لمسمى واحد، وكذا في قوله: أنت طلاق، ولو قال: أنت طالق، أنت طالق يقع تطليقتان رجعيتان، لأن الصريح[٣] يلحق بالصريح، كما أن الصريح يلحق بالبائن، والبائن يلحق بالصريح مثل قوله: أنت بائن، ثم قال لها في العدة: أنت طالق، طلقت أخرى وبانت[٤] بتطليقتين، أو قال لها: أنت طالق، ثم قال

---

[١] - ما بين القوسين زدناه من (ن،ع).

[٢] - كذا في الهندية ٣٥٥/١، والفتح ٣/٤ ومابعدها، ورد المحتار ٤٣٢/٢؛ لأن الثلاث فرد اعتباري.

[٣] - وفي الدرالمختار: "الصريح يلحق الصريح ويلحق البائن بشرط العدة، وفي رد المحتار: هذا الشرط لابد منه في جميع صور الإلحاق" (ر: رد المحتار على الدر المختار (٣٠٠/٣ كراتشي، باكستان).

[٤] - كذا في قاضي خان ٤٥٢/١.

لها في العدة: أنت بائن، طلقت أخرى ويكونان بائنتين[1].

٢٢١- أما البائن[2] لا يلحق بالبائن مثل قوله: أنت بائن ثم قال لها في العدة: أنت بائن لا تقع[3] الثانية؛ لأن الإبانة بعد الإبانة إخبار لا إنشاء، إلا إذا كان البائن معلقاً بشرط فيلحق بالبائن[4] المنجز عندنا وكذا لو قال: أنت بائن وبائن[5] يقع الأول دون الثانية[6].

٢٢٢- ولو قال: حرام، أنت حرام إن نوى الطلاق يقع طلقتين، ولو قال: نويت بالثاني التكرار أو الإخبار في تكرار الصريح صدق ديانة لا قضاء، وكذا لو قال: أنت طالق وطالق أو أنت طالق وطلقتك.

ولو أبانها ثم خالعها أو على عكسه لا يلحق فيه الثاني بالأول بالإجماع[7]؛ لأنه إخبار لا إنشاء بخلاف ما إذا كان فيه تعليقاً سابقاً؛ لأنه

---

[1] - كذا في رد المحتار ٤٦٨/٢.

[2] - وفي رد المحتار: "المراد بالبائن الذي لا يلحق هو ما كان بلفظ الكناية؛ لأنه هو الذي ليس ظاهراً في إنشاء الطلاق كذا في الفتح ٥٥/٤، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان.

[3] - كذا في الهندية: ٣٧٧/١.

[4] - وفى (ن،ع): زيدت: "بل إيجاز".

[5] - قال ابن عابدين رحمه الله: وهو الأصوب؛ لأن المقصود التمثيل لإيقاع البائن على المباينة (ر: رد المحتار ٥١١/٢).

[6] - وفي الهندية: "ينبغي أن يعتبر وتثبت به الحرمة الغليظة إذا كان البائن معلقاً بأن قال: إن دخلت الدار فأنت بائن ثم قال أنت بائن ثم دخلت الدار وهي في العدة تطلق، كذا في العيني شرح الكنز" (ر: الفتاوى الهندية ٣٧٧/١).

[7] - كذا في الهندية (ر: ٣٧٧/١) والبحر (ر: ٣٠٧/٣).

وقع إنشاءً عند وجود الشرط.

٢٢٣- ولو خالعها ثم طلقها ثم خالعها يلحق عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله.

٢٢٤- ولو قال: أنت طالق كل يوم، يقع واحدة في اليوم ولا يقع غيرها في اليوم الثاني والثالث عندنا خلافاً[١] لزفر؛ لأن الموصوفة[٢] بالطلاق في يوم واحد موصوفة في كل الأيام، بخلاف قوله: أنت طالق في كل يوم حيث يتكرر الطلاق بتكرر الأيام حتى يقع ثلاث[٣] تطليقات.

---

١ - وقال زفر: تقع ثلاث في ثلثة أيام، كذا في رد المحتار (ر: ٢٦٧/٣، طبع كراتشي).

٢ - في (م): "الموصولة"، ولعل الصحيح ما كتب في المتن أي "الموصوفة".

٣ - في كل يوم واحدة إجماعاً، لأنه جعل كل يوم ظرفاً للوقوع فيتعدد الواقع، وفي الدر المختار: "والأصل أنه متى ترك كلمة الظرف اتحد وإلا تعدد" (ر: الدر المختار مع رد المحتار ٢٦٧/٣، طبع كراتشي).

فصل

٢٢٥- وإذا طلق الرجل امرأته قبل الدخول بها طلقة واحدة تقع طلقة واحدة بائنة، وإن طلقها ثنتين أو ثلاثاً يقعن[١] أيضاً؛ لأن الطلاق متى قرن بالعدد[٢] يقع بعد ذكر العدد جملة، وإن فرق الطلاق[٣] بانت بالأولى ولم تقع الثانية لانعدام المحلية للثاني[٤]، والصريح والكناية فيه سواء.

٢٢٦- ولو قال: أنت طالق وطالق إن دخلت الدار فدخلت الدار

---

[١] - وفى (ن،ع): "يقع"، انظر للتفصيل: (البحر: ٢٩٢/٣).

[٢] - وفي البحر: "أن الوصف متى قرن بالعدد كان الوقوع بالعـــدد" (ر: البحـــر الرائق ٢٨١/٣).

[٣] - أي إن فرق الطلاق بغير حرف العطف وذلك مثل أن يقول: أنـــت طـــالق، طالق، طالق، لأن كل واحدة إيقاع على حدة، إذا لم يذكر في آخر كلامه مـــا يغير صدره حتى يتوقف عليه، ولو فرق بالعطف بأن قال: أنت طالق واحدة وواحدة، قد حكى السرخسي خلافاً بين أبي يوسف ومحمد، فقال: عنـــد أبـــي يوسف تبين قبل أن يفرغ من الكلام الثاني وعند محمد بعد فراغه منه لجواز أن يلحق بكلامه شرطاً أو استثناءً، ورجح السرخسي في أصوله قـــول أبـــي يوسف وفائدة الخلاف تظهر في الموت أي إن ماتت قبل فراغه من الثـــاني وقع عند أبي يوسف لا عند محمد وتمامه في رد المحتـــار (البحـــر الرائـــق ٣١٥/٣، ٣١٦، دار المعرفة).

[٤] - وفي الهندية: "والأصل في هذه المسائل أن الملفوظ به أولاً إن كـــان موقعـــاً أولاً وقعت واحدة، وإذا كان الملفوظ به أولاً موقعاً آخر وقعـــت ثنتـــان" (ر: الفتاوى الهندية ٣٧٣/١، دار الفكر).

وقعت ثنتان؛ لأن الجملة معلقة بوجود الشرط. ولو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق وطالق فدخلت الدار وقعت واحدة عند أبي حنيفة[1] رحمه الله؛ لأن الأول جملة تامة، والثانية جملة ناقصة، والجملة التامة مستغن[2] عن الناقصة. وكذا في قوله: إن دخلت الدار فأنت [طالق][3]

---

[1] – وفي الهداية: "يقع عندهما ثنتان" وقال في فتح القدير: "قولهما أرجح" (ر: الهداية وفتح القدير ٤/٥٢، ٥٣، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان، البحر ٣/٣١٩).

[2] – وفي البدائع: ولو كرر لفظ الطلاق فالأمر لا يخلو إما أن كرر بدون حرف العطف وإما أن يكون بحرف العطف، وكل ذلك لا يخلو إما أن نجز أو علق، فإن كرر بغير حرف العطف ونجز بأن قال: أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق، أو قال: أنت طالق طالق طالق يقع الأولى ويلغو الثانية والثالثة، لأنه أوقع متفرقاً ... وإن علق بشرط فإن قدم الشرط بأن قال: إن دخلت الدار فأنت طالق طالق طالق، فالأولى يتعلق بالشرط، والثاني ينزل في الحال ويلغو الثالث، وإن أخر الشرط بأن قال: أنت طالق أنت طالق أنت طالق إن دخلت الدار، أو قال: أنت طالق طالق طالق إن دخلت الدار، فالأول ينزل في الحال ويلغو الثاني والثالث، وإن كرر بحرف العطف، فإن نجز الطلاق بأن قال: أنت طالق ثم طالق ثم طالق، أو قال: أنت طالق فطالق فطالق لا يقع إلا الأول بلا خلاف، وكذلك إذا قال أنت طالق وطالق وطالق عند عامة العلماء، وإن علق بشرط، فإما إن قدم الشرط على الجزاء وإما إن أخّره عنه، فإن قدمه بأن قال: إن دخلت الدار فأنت طالق وطالق وطالق تعلق الكل بالشرط بالإجماع، حتى لا يقع شيء قبل دخول الدار، فإذا دخلت الدار قبل الدخول بها لا يقع إلا واحدة في قول أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يقع الثلاث، وكذا هذا إذا أخّر الشرط (ر: بدائع الصنائع ٣/٢٠٠-٢٠٢، دار الفكر).

[3] – ما بين القوسين زدناه من الهداية.

واحدة وواحدة. ولو قال: أنت طالق إن دخلت الدار ثم طالق[1] ثم طالق تعلقت الأولى بدخول الدار، ووقعت الثانية في الحال، ولغت الثالثة، ولو قال: أنت طالق ثم طالق ثم طالق إن دخلت الدار وقعت الأولى في الحال وسقط ما بعدها[2] عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: لا يقع شيء حتى[3] تدخل، ولو قال لامرأته: هذه[4] طالق وهذه طالق أو قال: وهذه لم تقع إلا واحدة.

٢٢٧- ولو قال لامرأتيه هذه طالق وهذه طالق يقع على كل واحدة منهما طلقة.

ولو قال هذه طالق وهذه، طلقت الأولى فحسب.

---

[1] - وفي (ن): "ثم طالق" ساقط.

[2] - والحاصل أن الحروف ثلاثة وكل على وجهين تقديم الشرط وتأخيره ففي الفاء والواو يقع واحدة إن قدمه واثنتان إن أخّره، وفي "ثم" إن قدّم الشرط تعلق الأول وتنجز الثاني ولغا الثالث، وإن أخّره تنجز الأول ولغا ما بعده، ولو ذكر بغير عطف أصلاً نحو إن دخلت الدار فأنت طالق واحدة وواحدة واحدة ففي فتح القدير: يقع واحدة اتفاقاً عند وجود الشرط، ويلغو ما بعده لعدم ما يوجب التشريك (ر: البحر ٣٢٠/٣، دار المعرفة).

[3] - كذا في فتح القدير ٦١/٤، ورد المحتار على الدر المختار ٤٩٦/٢.

[4] - كذا في البحر (ر: ٣١٤/٣).

فصل في الإضافة

٢٢٨- وإضافة الطلاق إلى شرط يصح بالاتفاق مثل قوله: إن تزوجتك فأنت طالق ثم تزوجها طلقت عندنا خلافاً له[١].

٢٢٩- ولو قال: إن تزوجتك فأنت طالق، وطالق أو قال: بعدها أخرى، ثم تزوجها طلقت واحدة عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما تطلق ثنتان؛ لأن الواو للجمع والجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع، ولو قال لها: أنت طالق وطالق إن[٢] تزوجتك فتزوجها طلقت ثنتان[٣] بالاتفاق، ولو قال: إن دخلت الدار وأنت طالق طلقت في الحال؛ لأن الواو للجمع ولا جمع هنا، بخلاف الفاء فإنها للتعقيب والجزاء، ولو قال لامرأته: إن كلمت فلاناً وفلاناً فأنت طالق فكلمت أحدهما لم يقع ما لم تكلم الآخر؛ لأنه معلق بالكل وهذا بعضه، وكذا في قوله: إن دخلت هذه الدار وهذه الدار فأنت طالق، ولو قال: إن دخلت هذه الدار فهذه الدار بالفاء فأنت طالق لا تطلق حتى تدخل الأولى ثم الثانية بعدها، ويستوي فيه تقديم شرط وتأخيره.

---

[١] - وفي الهداية: وقال الشافعي: لا يقع (الهداية مع فتح القدير ١٠١/٤، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان)

[٢] - وفي (ن): "إن" ساقط.

[٣] - وفي (م) "بالاتفاق" ساقط.

٢٣٠- والمسئلة على وجوه[1]، إن وجد الشرطان في ملكه يقع، وإن وجد في غير ملكه أو وجد الأول في ملكه والثاني في غير ملكه لا يقع؛ لأن المعلق بالشرطين ينزل عند وجود آخرهما، وإن وجد الأول في غير الملك، والثاني في الملك، بأن طلقها بعد ما حلف وانقضت عدتها فكلمت فلاناً ثم تزوجها فكلمت الثاني تطلق عندنا خلافاً لزفر رحمه الله.

٢٣١- وإذا قال: إن كلمت فلاناً فأنت طالق، وإن كلمت فلاناً آخر، فأنت طالق تطلق بكلام أحدهما؛ لأن كل كلام شرط وجزاء على حدة.

٢٣٢- ولو قال لامرأتيه: إن دخلتما هاتين الدارين فأنتما طالقان فدخلت إحداهما إحدى الدارين والأخرى إحداهما طلقتا عندنا خلافاً لزفر رحمه الله؛ لأن الجمع إذا قوبل بالجمع ينقسم الآحاد على الآحاد عندنا.

٢٣٣- وإذا قال: إن أكلت وشربت فأنت طالق لا تطلق ما لم يوجد الأكل والشرب في ملكه، وإن قال: أنت طالق إن أكلت وإن شربت تطلق بأحد الشرطين، وإن قال: إن أكلت فأنت طالق وإن شربت فأنت طالق تطلق بأيهما وجد، وكذا لو قال: إن أكلت أو شربت.

٢٣٤- لو قال: إن شئت وأبيت[2] فأنت طالق لا تطلق، شاءت[3] أو أبت؛ لأنه جعلهما شرطاً ولا يتصور اجتماعهما، وكذا إذا قال: إن

---

[1] - لا توجد في (ن، ع): "والمسئلة على وجوه".

[2] - كذا في الدر المختار ٥٣٣/٢.

[3] - "شاءت" سقطت عن (ن، ع).

شئت، ولم تشائي، وإن قال: إن شئتِ وإن لم تشائي فأنت طالق[1] لا تطلق أصلاً، وإن أخّر الشرط بأن قال: أنت طالق إن شئت وإن لم تشائي، تطلق بأحد الشرطين.

وكذا في قوله: أنت طالق إن شئت وأبيت، ولو قال: إن شئتما فأنتما طالقان تطلق بمشيئتهما أي شاءت كل واحدة منهما طلاقاً وطلاق صاحبتها؛ لأن الجزاء لا ينزل إلا بكمال الشرط وهو مشيتهما ولا تطلق بمشية واحدة منهما وحدها عندنا خلافاً لزفر رحمه الله.

٢٣٥- وإن قال لها: إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثاً فطلقها ثنتين وتزوجت بزوج آخر ودخل بها ثم عادت إلى الأول فدخلت الدار طلقت ثلاثاً عند أبي حنيفة رحمه الله [وهو قول أبي يوسف أيضاً، وقال محمد: هي طالق ما بقي من الطلاق][2] وهو قول زفر أيضاً؛ لأن الزوج

---

[1] - وفي الهندية: هذه المسألة على وجوه: منها إذا قدم المشيئة أو قدم الطلاق أو وسط الطلاق وكل ذلك على وجهين: أحدهما إذا أعاد كلمة الشرط أو لم يعد وذكر حرف العطف ... والألفاظ ثلاثة: المشيئة، والإباء، والكراهة، فإن لم يعد كلمة الشرط وعطف لا يقع الطلاق في الوجوه الثلاثة قدم الطلاق على المشيئة أو أخر أو وسط، وإن أعاد كلمة الشرط إن قدم المشيئة فقال: إن شئت وإن لم تشائي فأنت طالق لا يقع الطلاق أبداً، وإن قدم الطلاق على المشيئة فقال: أنت طالق إن شئت وإن لم تشائي فقالت في مجلسها: شئت طلقت (٤٠٥/١، دار الفكر).

[2] - العبارة بين القوسين ساقطة في (م).

الثاني لا يهدم ما دون الثلاث عندهما[1].

ولو قال لها: إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثاً، ثم طلقها ثلاثاً فتزوجت غيره ودخل بها، ثم رجعت إلى الأول ودخلت الدار لم يقع شيء، وقال زفر رحمه الله: يقع الثلاث؛ لأن التنجيز لا يبطل التعليق عنده.

٢٣٦- ولو طلقها طلاقاً بائناً بما دون الثلاث قبل دخول الدار، ثم دخلت الدار في العدة تطلق ما بقي من الطلاق.

٢٣٧- والمعلق بالشرط لا يتكرر إلا في كلمة[2] كلما بأن قال: كلما دخلت الدار فأنت طالق يتكرر الطلاق بتكرر الدخول حتى يقع ثلاث تطليقات، فإن تزوجت بزوج آخر ثم عادت إلى الأول ودخلت الدار لم يقع عندنا خلافاً لزفر رحمه الله.

٢٣٨- ولو قال: كلما تزوجتك[3] فأنت طالق ثلاثاً طلقت ثلاثاً، فإن تزوجها بعد زوج آخر طلقت أيضاً، كما قال زفر رحمه الله؛ لأن هذا تعليق الطلاق بالملك، والملك لا يتفاوت بعد التزويج بزوج آخر

---

[1] – فتعود إليه ما بقي، وعند أبي حنيفة وأبي يوسف الزوج الثاني يهدم ما دون الثلاث فتعود إليه بالثلاث وقال ابن الهمام: فائدة الخلاف تظهر فيما إذا علق طلقة واحدة ثم نجز ثنتين ثم تزوجت بغيره ثم عادت إلى الأول ثم وجد الشرط، فعند محمد تحرم حرمة غليظة وعندهما لا، إذ يملك بعد الوقوع ثنتين (الهداية وفتح القدير ١١٧/٤، دار الكتب العلمية)

[2] – وفي (ن، ع): "كلما" ساقط.

[3] – وفي (م): "تزوجت".

وقبله، بخلاف المسئلة الأولى، حيث علق الطلاق بالدخول في الملك، وفي الملك لم يوجد إلا الطلقات الثلاث فقط.

٢٣٩- ولو قال: كلما تزوجت امرأة فهي طالق، فأي امرأة تزوجها عندنا يقع الطلاق، ثم لو تزوج المطلقة يقع أيضاً حتى يقع ثلاث تطليقات، ثم إذا تزوجها بعد زوج آخر يقع أيضاً[1].

ولو قال: كلما تزوجت نساء فكذلك.

ولو قال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق، فأي امرأة تزوجها طلقت عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله، ثم لو تزوج المطلقة لا تطلق.

ولو قال: أي امرأة أتزوجها فهي طالق فهذا يقع على امرأة واحدة فحسب، إلا إذا نوى غير واحدة.

٢٤٠- ولو قال لوالديه: إن زوجتماني امرأة، فهي طالق فزوّجاه امرأة لا تطلق؛ لأن التعليق لم يصح؛ لأنه غير مضاف إلى ملك النكاح، وتزوجها بغير أمره موقوف بإجازته، والطلاق لا يقع في النكاح الموقوف.

٢٤١- ولو قال لامرأة: إن خطبتك فأنت طالق، ثم خطبها وتزوجها لا يقع؛ لأنه لما خطبها وجد الشرط وانحلت اليمين في غير[2]

---

[1] - لأن انعقادها باعتبار ما يملك عليها من الطلاق بالتزوج وذلك غير محصور، وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها، لأنه لم يوجد الشرط فبقي والجزاء باق لبقاء محله فبقي اليمين .... (الهداية مع فتح القدير ١١٠/٤، ١١١، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

[2] - وفي (ن، ع): "عين".

الملك ولم يبق اليمين حالة التزوج، ولو قال: اكر دختر فلان مرا دهند[1] طلاق، فتزوجها لا يقع؛ لأنه لم يذكر النكاح.

٢٤٢- ولو قال: مرا بزنى دهند[2] قيل: يقع، والمختار أنه لا يقع؛ لأنه حيث يقول الولي: زوجت، وجد الشرط، ولكن لم يثبت له الملك حتى يقبل.

ولو قال: "أكر من كشت كنم[3]" بهذه القرية، وامرأته طالق إن زرع فيها زرعاً أو فاليزا[4] أو قطنا يقع، ولا يقع بالسقي والحصاد والكراب.

٢٤٣- أجير حلف أن لا يعمل مع فلان، فالحيلة أن يشتري ذلك الشيء الذي يعمل فيه فيعمله، ثم يبيعه من صاحبه إذا فرغ من العمل.

٢٤٤- رجل حلف أن لا يدخل دار امرأته فباعت المرأة الدار ثم استأجرتها فدخلها لم يحنث.

٢٤٥- وإن قال: إن أكلت طبخك فأنت طالق فوضعت امرأته

---

[1] - وفي (ن، ع): "مرا دهندوى طلاق" معناها: إن كانوا يعطوني بنت فلان فلها الطلاق.

[2] - وفي (م): "دهنده".

[3] - وفى (م): "من كشت كنم" كلمة فارسية: معناها: "لو أنني زرعت"، هكذا في النسخ الثلاث، وفي الخانية: "رجل قال: اكر من هركز كشت كنم بهذه القرية فامرأتي طالق" قالوا: إن زرع فيها زرعاً أو فاليزا أو قطنا كان حانثاً، وإن سقى زرعاً أو حصده لا يكون حانثاً، وكذا إذا كرب ولم يبذر لا يحنث (الخانية مع الهندية ٤٧٣/١، دار الفكر).

[4] - في النسخ الثلاث: "فائزاً" والصحيح ما كتبناه.

القدر على الكانون ولم يكن في الكانون ناراً فأوقدها غيرها لا تطلق[1].

٢٤٦- رجل قال لامرأته: إن فعلت حراماً فأنت طالق فيمينه على الحرام المطلق وهو الزنا، وقيل: الفرج والدبر فيه سواء.

٢٤٧- وإن قال: إن تزوجت في هذه القرية فهي طالق فتزوج امرأة من هذه القرية في موضع آخر لا تطلق، وكذا لو قال: بهذه القرية، ولو قال: إن[2] تزوجت من هذه القرية تطلق حيثما تزوج من هذه القرية.

٢٤٨- ولو قال إن غسلت ثيابي فأنت طالق فغسلت ذيله أو كمه لا يقع.

٢٤٩- رجل قال لامرأته: إن شتمتك فأنت طالق، ثم قال: يا بنت الزانية تطلق؛ لأن في العرف يعد هذا قذفاً لامرأته وإن كان في الحقيقة قذفاً لأمها.

٢٥٠- امرأة قالت لزوجها: إن أقمت معك فالمجوسي خير مني فالأصح أنها ليست بردة إن أقامت معه، ولكن ينبغي أن تجب الكفارة فيه؛ لأن تنجيزه كفر وتعليقه يصير يميناً.

٢٥١- رجل قال: إن تزوجت امرأة أو أمرت من يزوجها مني فهي طالق، فأمر رجلاً بأن يزوجه فزوجه لا تطلق؛ لأنه لما أمر حنث

---

[1] - وإن أوقدت هي النار فهي طابخة، سواء حصل الإيقاد بعد ما وضعت القدر على الكانون أو في التنور... وإن أوقد النار غيرها فهي ليست بطابخة (الهندية ٤٣٠/١، دار الفكر).

[2] - وفي (ن، ع): "إن" ساقط.

بلا زواج في يمينه، فعليه كفارة اليمين، ولم تطلق امرأته.

٢٥٢- رجل قال لامرأته: إن لم أشبعك من الجماع فأنت طالق فجامعها ولم يفارقها حتى أنزلت[١] لا يقع الطلاق.

٢٥٣- رجل طلق امرأته طلقة واحدة، ثم قال: إن راجعتها فهي طالق ثلاثاً وانقضت عدتها وتزوجها لا تطلق. ولو كان الطلاق بائناً تطلق؛ لأن حقيقة الرجعة غير ممكن فانصرف إلى مجازه وهو ابتداء النكاح بخلاف الأول.

٢٥٤- ولو قال: إن أردت أن أتزوج فلانة فهي طالق ثم تزوجها لا يقع شيء؛ لأن اليمين عند الإرادة تنحل بلا جزاء، والله أعلم.

---

[١] - وفي الهندية: قال لامرأته: إن لم أشبعك من الجماع فأنت طالق قال: لا يعرف ذلك إلا بقولها، وقال الفقيه أبو الليث والشيخ الإمام أبو حفص البخاري: أنه إن جامعها ودام على ذلك حتى أنزلت فقد أشبعها ولا تطلق (٤٣٠/١، دار الفكر).

فصل

٢٥٥- رجل قال لامرأته: أنت طالق فسكت، فقيل له: كم طلقت؟ فقال: ثلاثاً، تطلق ثلاثاً عند أبي يوسف رحمه الله، فإن عنده إذا قال لها: أنت طالق ونوى الثلاث تصح نيته، كما هو قول الشافعي رحمه الله، ويحتمل أن يكون هذا قول أبي حنيفة رحمه الله، فإن عنده إذا طلق الرجل امرأته تطليقة واحدة، ثم قال: جعلتها ثلاثاً تصير[١] ثلاثاً عنده[٢]، ولو سكت بعد ما طلق واحدة ثم قال: ثلاثاً، لا يقع ثلاثاً عنده، إن كان سكوته بغير عذر، ولو قال لها: أنت طالق ثم قال: قد طلقتك تقع أخرى؛ لأن كلمة قد تذكر لتأكيد الحال وتذكر لتأكيد الماضي فلا تصير للماضي بالاحتمال.

٢٥٦- ولو قال قد كنت طلقتك لا يقع به أخرى، ولو طلقها تطليقة رجعية ثم قال: جعلتها بائنة لا تصير بائنة.

ولو قال: جعلتها ثلاثاً يصح في قول أبي حنيفة رحمه الله كما مر.

---

[١] - وفي (ن): "تصير" ساقط.

[٢] - كذا في رد المحتار على الدر المختار(٤٦٨/٢) وفيه: ذكر الطلاق بلا عدد، فقيل له بعد ما سكت: كم؟ فقال: ثلاثاً وقع ثلاث عندهما خلافاً لمحمد، ولو لم يسئل، وقال بعد ما سكت ثلاثاً، إن كان سكوته لانقطاع النفس تطلق ثلاثاً؛ لأنه مضطر له فلا يعد فاصلا، وإلا فواحدة كما في البزازية (ر: رد المحتار على الدر المختار ٤٦٨/٢).

٢٥٧- ولو قال: أنت طالق عدد التراب يقع واحدة عند أبي يوسف رحمه الله، وعند محمد رحمه الله يقع ثلاثاً[١].

ولو قال: أنت طالق كل الطلاق يقع ثلاثاً وكذا لو قال: أكثر الطلاق.

٢٥٨- ولو قال لامرأته: "تو بسيار طلاق" يقع ثنتان؛ لأن الشيء إذا ضم إلى الشيء يكون كثيراً وما فوقه يكون أكثر منه.

٢٥٩- ولو قال: أنت طالق هكذا وأشار بأصبعه[٢] تعتبر المنشورة[٣] دون المضمومة، وقيل: إن أشار بظهورها يقع بالمضمومة[٤].

---

[١] - ولو شبه بالعدد فيما لا عدد له فقال: طالق كعدد الشمس أو التراب أو مثله فعند أبي يوسف رجعية، واختاره إمام الحرمين من الشافعية، لأن التشبيه بالعدد فيما لا عدد له لغو، ولا عدد للتراب، وعند محمد يقع ثلاث، وهو قول الشافعي وأحمد، لأنه يراد بالعدد إذا ذكر الكثرة، وفي قياس قول أبي حنيفة واحدة بائنة لأن التشبيه يقتضي ضربا من الزيادة (رد المحتار ٢٨٢/٣، كراتشي).

[٢] - وفي (ن، ع): "بأصبعيه".

[٣] - وفي البحر: "هذا هو المعتمد" (٣٠٩/٣).

[٤] - وفي جامع الرموز: "إن أشار إلى عدد الطلاق بالأصبع بأن يجعل باطن الكف إليها يعتبر عدد الأصبع المنشورة، وإن أشار بظهورها بأن يجعل باطن الكف إلى نفسه فالمضمومة تعتبر عدداً، هكذا في المضمرات والاختيار وغيرهما لكن في الكافي وقاضي خان اعتبر المنشورة مطلقاً"، (ر: جامع الرموز ٢٢٥/٢)، وفي البحر: هناك أقوال ذكرها في المعراج: الأول عن بعض المتأخرين لو جعل ظهر الكف إليها والأصابع المنشورة إلى نفسه ديّن قضاء، ولو جعل ظهر الكف إلى نفسه وبطون الأصابع إليها لا يصدق في

٢٦٠- ولو قال: أنت طالق لا قليل ولا كثير، قال أبو حنيفة: تقع ثنتان.

٢٦١- ولو قال: أنت طالق من واحدة إلى ثنتين، أو ما بين واحدة إلى ثنتين فهي واحدة. ولو قال: من واحدة إلى ثلاث يقع ثنتان عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: في الأولى يقع ثنتان وفي الثانية يقع ثلاثاً، وعند زفر رحمه الله في الأولى لا يقع شيء، وفي الثانية: يقع واحدة وهو القياس[1]، ولو نوى واحدة مع ثنتين يقع ثلاثاً، ولو قال: أنت طالق من هنا[2] إلى الشام يقع واحدة رجعية؛ لأنه وضعها بالقصر وعند

القضاء، الثاني لو كان باطن الكف إلى السماء فالعبرة للنشر، وإن كان إلى الأرض فالعبرة للضم، والثالث: إن كان نشراً عن ضم فالعبرة للنشر، وإن كان ضماً عن نشر فالعبرة للضم اعتباراً للعادة (ر: ٣٠٩/٣، دار المعرفة).

[1] - وتسمية الصورتين أولى ثم الصورتين ثانية باعتبار اتحاد مدخول إلى في الصورتين، فالأولى ما كان مدخول إلى ثنتين، والثانية ما كان مدخولها ثلاثاً، فإذا طلقها مشتملاً كلامه على الغايتين، فإما أن تدخل الغايتان وهو قولهما، أولا تدخلا وهو قول زفر، أو يدخل الابتداء دون الانتهاء وهو قول أبي حنيفة، وجه قول زفر: أن غاية الشيء لا تدخل فيه وإلا لم يكن غاية كما في المحسوسات كقوله: بعت منك من هذا الحائط إلى هذا الحائط وهو قياس محض، ووجه قولهما وهو الاستحسان أن مثل هذا الكلام في العرف يراد الكل، ولأبي حنيفة أن المراد بمثل هذا الكلام الأكثر من الأقل والأقل من الأكثر وهو ما بينهما (انظر: العناية وفتح القدير ١٧/٤-١٩، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان).

[2] - وفي (ن، ع): "هاهنا".

زفر رحمه الله يقع بائنة[1].

٢٦٢- ولو قال: أنت واحدة يقع به رجعية؛ لأن معناه أنت طالق تطليقة رجعية، وقال الشافعي[2] رحمه الله: إن نوى يقع واحدة بائنة، ولا معتبر باختلاف الإعراب هو الصحيح. ولو قال: أنت ثلاثاً ونوى به الطلاق الثلاث[3] صح.

٢٦٣- ولو قال: أنت طالق تطليقة طويلة فهو بائن عندنا، وعند زفر رحمه الله يقع[4] رجعياً.

٢٦٤- ولو قال: أنت طالق بمكة أو في مكة يقع الطلاق في

---

[1] - وفي الهداية: "وقال زفر: هي بائنة لأنه وصف الطلاق بالطول، قلنا: لا بل وصفه بالقصر لأنه متى وقع وقع في الأماكن كلها" فتخصيصه بذكر الشام تقصير بالنسبة إلى ما وراءه (الهداية والعناية مع فتح القدير ٢٢/٤، ٢٣، دار الكتب العلمية).

[2] - وفي (ن، ع): "وقال الشافعي: لا يقع وإن نوى، وقال زفر رحمه الله إن نوى يقع واحدة بائنة ولا معتبر الخ".
والصحيح ما في المتن، فقد ذكر النووي في المجموع أن كلمة "واحدة " من الكنايات التي لا يقع بها الطلاق إلا مع النية (المجموع ٢٢٧/١٨).

[3] - وفي الهندية: "ولو قال لامرأته: أنت مني ثلاثاً إن نوى الطلاق طلقت، ولو قال: لم أنو الطلاق لا يصدق إذا كان في حال مذاكرة الطلاق" (ر: ٣٥٧/١، دار الفكر).

[4] - ما وجدت في هذا الفصل خلافاً لزفر، ولكن قد وجدت خلافاً لأبي يوسف، ففي الهداية عن أبي يوسف أنه يقع بها رجعية (ر: الهداية مع الفتح ٤٨/٤، فصل في تشبيه الطلاق ووصفه، دار الكتب العلمية).

الحال في كل البلاد؛ لأن الطلاق لا يخصص بمكان[1] بخلاف الزمان.

٢٦٥- ولو قال: يدك[2] طالق، أو رجلك طالق، لم[3] يقع عندنا خلافاً لزفر والشافعي رحمهما الله، كما في قوله: ظفرك وريقك طالق لا يقع بها شيء، فكذا باليد والرجل[4]، ولو قال: نصفك أو ثلثك[5] طالق يقع؛ لأن المحل لا يتجزى في حق الطلاق، فيسري إلى الكل ضرورةً كما في قوله: أنت نصف الطلاق، أو ثلث الطلاق، فالطلاق لا يتجزى فيتكامل فكذا فيما نحن فيه.

٢٦٦- ولو قال لامرأته: أنا منك طالق لا يقع شيء عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله، ولو قال: أنا منك بائن، أو حرام ونوى به الطلاق يقع؛ لأن البينونة والحرمة مشتركة بينهما[6]. وإن قال: أنت مني ثلاثاً يقع

---

[1] - أي لا يتصور أن يتعلق بمكان بعينه دون غيره.

[2] - والحاصل كما في البحر: "أن هذه الألفاظ ثلاثة: صريح يقع قضاء بلا نية كالرقبة، وكناية لا يقع إلا بالنية كاليد، وما ليس صريحاً ولا كناية لا يقع به وإن نوى كالريق والسن والشعر والظفر والكبد والعرق والقلب" (ر: رد المحتار ٢٥٨/٣، مطلب في قوله علي الطلاق من زراعي، الهندية ٣٦٠/١، دار الفكر).

[3] - وفي (ن): "لم" ساقط.

[4] - وهذا الخلاف في كل جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن كما في الهداية (الهداية مع فتح القدير ١٣/٤، دار الكتب العلمية بيروت).

[5] - وفي رد المحتار: "إلى عشرها وكذا لو أضافه إلى جزء من ألف جزء منها كما في الخانية".

[6] - بخلاف قوله: أنا منك طالق، لأن الطلاق لإزالة القيد وهو فيها دون الزوج

إن نوى، وإن لم ينو لا يقع إلا في حال مذاكرة الطلاق.

٢٦٧- امرأة قالت لزوجها: طلقني، فقال: قد فعلت، طلقت، ولو قالت: زدني، فقال: قد فعلت، طلقت أخرى.

٢٦٨- ولو قالت له: طلقني طلقني طلقني فقال: قد طلقتك يقع ثلاثاً، كذا[1] روي عن محمد رحمه الله، وقيل: يقع ثلاثاً إن نوى الثلاث. ولو قالت: طلقني وطلقني وطلقني فقال: قد طلقتك، قيل: يقع ثلاثاً نوى أو لم ينو.

ولو قالت: طلقني ثلاثاً فقال: طلقتك يقع ثلاثاً[2]، ولو قال: أنت طالق تقع واحدة[3]، ولو قالت طلقني، وأبى زوجها فقالت: "دادي"، فقال:

(الهداية مع فتح القدير ٣٦/٤، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان).

[1] – كذا في الأصلين وهذا خلاف ما في الدر المختار على رد المحتار، قال الحصكفي: "ولو قالت: طلقني طلقني طلقني، فقال: طلقت فواحدة إن لم ينو الثلاث أي بأن نوى الواحدة أو لم ينو شيئاً ... فأي ذلك نوى الزوج صحت نيته، ولو عطفت بالواو فثلاث، كذا في عيون المسائل" (ر: الدر المختار على رد المحتار ٥٠٠/٢، مطلب: الطلاق يقع بعدد قرن به لا به، والهندية ٣٥٦/١)..

[2] – كذا في رد المحتار(٥٠٠/٢).

[3] – والفرق أن طلقني أمر بالتطليق، وقوله: طلقت تطليق فصح جوابا والجواب يتضمن إعادة ما في السؤال، بخلاف أنت طالق فإنه إخبار عن صفة قائمة بالمحل، وإنما يثبت التطليق اقتضاء تصحيحاً للوصف، والثابت اقتضاء ضروري فيثبت التطليق في حق صحة هذا الوصف لا في حق كونه جوابا

"دادم" إن كان في قوله أدنى تثقيل لا يقع.

٢٦٩- ولو قيل له: طلقت امرأتك فقال: أحسبها مطلقة لا يقع.

٢٧٠- ولو قالت لزوجها: من از توسه طلاقه أم، فقال الزوج: توجه سه طلاق جه هزار طلاق لا يقع شيء، ولو قال لامرأته: أنا بريء من نكاحك تطلق، ولو قال: أنا بريء من طلاقك لا يقع؛ لأن البراءة من الشيء تركه أو إعراض عنه.

٢٧١- رجل قال: طلقت امرأتك فقال: أحسنت على وجه الإنكار لا يكون إجازة، ولو قال: يرحمك الله أو تقبل الله منك يكون إجازة،

٢٧٢- ولو قال: "خواهى كه زنت را طلاق دهم" قال: خواهم، فطلقها واحدة يقع، ولو طلقها ثلاثا لا يقع، عند أبي حنيفة رحمه الله.

٢٧٣- ولو قالت لزوجها: من از تو بيزارم، فقال الرجل: "من بيزار تو بيزارم" إن نوى به الطلاق يقع.

٢٧٤- رجل قال لامرأته: طلاقك علي واجب أو لازم أو ثابت أو فرض لا يقع في الكل عند أبي حنيفة رحمه الله، وذكر الصدر الشهيد في واقعاته: يقع[١] في الكل؛ لأن نفس الطلاق لا يكون واجباً ولا فرضاً

فبقي أنت طالق كلاما مبتدأ وأنه لا يحتمل الثلاث (رد المحتار ٢٩٤/٣، ٢٩٥، مطلب فيما قال: امرأته طالق الخ طبع كراتشي).

١ - كذا في (ن،ع): وهنا أقوال: قال في فتح القدير (٢٧/٤، دار الكتب العلمية): ولو قال طلاقك علي، لا يقع، ولو زاد فرض أو واجب أو ثابت قيل: تطلق رجعية نوى أولا، وقيل: لا يقع وإن نوى، وقيل في قول أبي حنيفة: يقع،

ولا لازماً ولا ثابتاً، وإنما يجب حكمه بعد وجود سببه.

٢٧٥- ولو قال لامرأته: الطلاق عليك اختلفوا فيه.

٢٧٦- ولو قال لعبده: عتقك علي واجب لا يعتق، والفرق بين قوله: طلاقك علي واجب، وبين قوله: عتقك علي واجب، وذلك أن العتق قد يجب، وإنما لم يقتض هذا اللفظ وقوع العتق. ولو قال: طلاقك عليّ لا غير، لا يقع.

٢٧٧- ولو قال لامرأته: قولي أنا طالق، إن قالت تطلق، وإلا فلا، بخلاف قوله لآخر: قل لامرأتي أنها طالق حيث تطلق، قال أو لم يقل؛ لأن هذا إخبار فيستدعي سبق المخبر به.

٢٧٨- ولو قال لامرأته: يا مطلقة إن كان لها زوج قبله قد طلقها، وقال: عنيت به الإخبار ديّن فيما بينه وبين الله، وإن لم ينو به الإخبار به طلقت[1].

وفي قولهما: لا يقع في واجب ويقع في لازم، وقيل: بل في قول أبي يوسف يرجع في ذلك كله إلى نيته، وقيل: في واجب للتعارف به، وفي الثلاثة لا يقع وإن نوى لعدم التعارف، وفي الفتاوى الكبرى للخاصي: المختار أنه يقع في الكل، لأن الطلاق لا يكون واجباً أو ثابتاً بل حكمه، وحكمه لا يجب ولا يثبت إلا بعد الوقوع.

[1] - وفي البدائع: "ولو قال: يا مطلقة وقع عليها الطلاق ... فإن قال: أردت به الشتم لا يصدق في القضاء، ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى، ولو كان لها زوج قبله، فقال: عنيت ذلك الطلاق دّين في القضاء" (ر: بدائع الصنائع ١٤٨/٣، دار الفكر).

٢٧٩- امرأة قالت لزوجها: "مرا طلاق ده"، فقال الزوج: داده كير أوكرده كير، إن نوى الإيقاع يقع واحدة رجعية وهو الصحيح[١]، وإلا فلا، ولو قال: "كفته كير" لا يقع[٢]؛ لأنه لا يحتمل الجواب.

٢٨٠- ولو قال: "داده است أو كرده است" يقع، نوى أو لم ينو[٣]، ولو قالت: مرا مدار، فقال: "تا داشته كير"[٤] إن نوى يقع، وإلا فلا[٥]. ولو قال: روخواهي شوى كن لا يقع.

٢٨١- ولو قال: لست لي بامرأة، أو لست لك بزوج، أو قال: ما أنت بامرأة، أو ما أنا بزوجك، أو ما تزوجتك، إن نوى يقع عند[٦] أبي حنيفة رحمه الله وإلا فلا.

ولو قالت لزوجها: لست لي بزوج، فقال: صدقت، إن نوى الطلاق[٧]

---

[١] - كذا في الخانية (ر: ٤٥٧/١).

[٢] - وإن نوى كما في المحيط البرهاني ٤٦٦/٣، الفصل الخامس في الكنايات.

[٣] - كذا في الخانية: (ر: ٤٥٧/١).

[٤] - افرضي أنك لم تمسكي.

[٥] - كذا فى الخانية: (ر:١/ ٤٥٧).

[٦] - كذا في الخانية والبحر الرائق (٤٥٦/١، ٣٣٠/٣)، وقال صاحباه: لا يقع، وإن نوى.

[٧] - وإن لم ينو لم يقع اتفاقا لكونه من الكنايات، وفي رد المحتار على الدر المختار "أشار: بقوله طلاق إلى أن الواقع بهذه الكناية رجعي كذا في البحر من باب الكنايات (ر: رد المحتار على الدر المختار ٢٨٣/٣، مطلب في قول الإمام: ايماني كإيمان جبريل، كراتشي).

يقع عند أبي حنيفة رحمه الله، ولو قيل له: هل لك امرأة؟ فقال: لا، قيل: هذا أيضاً على[1] الخلاف، وقيل: لا يقع شيء في قولهم جميعاً؛ لأنه كذب محض.

وكذا في قوله: لم أتزوجك، لا يقع، وإن نوى؛ لأن جحود[2] النكاح لا يكون طلاقاً؛ لأن الطلاق رفع النكاح في الحال والجحود إنكار فعل ماض.

ولو قيل له: هذه امرأتك، فقال: لا طلقت هذه.

٢٨٢- ولو قال لامرأته: قد طلقك الله ذكر في الواقعات[3] أنه

---

[1] - ذكر الكرخي رحمه الله تعالى: أنه على هذا الخلاف أيضاً، وذكر بعض المشايخ رحمهم الله تعالى أنه لا يقع الطلاق في قولهم، كذا في الخانية (٤٥٧/١، دار الفكر).

[2] - وفي البحر: "والأصل أن نفي النكاح أصلاً لا يكون طلاقاً بل يكون جحوداً، ونفي النكاح في الحال يكون طلاقاً إذا نوى" (ر: البحر الرائق ٣٣٠/٣، دار المعرفة).

[3] - الواقعات: هو واقعات الناطفي لأبي العباس أحمد بن محمد الناطفي الحنفي المتوفى سنة ست وأربعين وأربع مائة، والصدر الشهيد حسام الدين عمر بن عبد العزيز البخاري الحنفي المتوفى ست و ثلاثين وخمس مائة جمع فيه بين النوازل لأبي الليث والواقعات للناطفي، وأخذ من فتاوى أبي بكر محمد بن الفضل، وفتاوى أهل سمرقند، ورتب الكتب كالمختصر المنسوب إلى الحاكم الشهيد والأبواب كالنوازل، وسماه بالأجناس وهو المعروف بواقعات الحسامي (كشف الظنون ٢/ ١٩٩٨).

يقع، نوى أو لم ينو، وذكر في العيون[1] إن نوى يقع[2].

٢٨٣- ولو قال: امرأة طالق، وقال: لم أعن امرأتي يصدق، ولو قال: عمرة طالق، وامرأته عمرة وقال: لم أعنها لا يصدق في القضاء[3].

٢٨٤- ولو قال لامرأته: أنت طالق أول النهار وآخره تقع تطليقة، ولو قال: آخر النهار وأوله تقع تطليقتان[4].

٢٨٥- رجل قال لامرأته: أنت طالق مأة تطليقات فقالت: الثلاث يكفيني، فقال الزوج: الثلاث لك، والباقي لصواحبك تطلق المخاطبة ثلاثا، ولا تطلق غيرها من نسائه؛ لأن الزائد على الثلاث لغو فقد

---

[1] - العيون: عيون المسائل في فروع الحنفية لأبي الليث نصر بن محمد السمرقندي المتوفى سنة ٣٧٦-هـ، كتاب معروف في الفقه، وأخذ منه الإمام برهان الدين بن أبي بكر المرغيناني فى كتابه المعروف "التجنيس والمزيد" وأشار إليه بحرف "ع"، و أيضاً عيون المسائل لأبي القاسم عبد الله بن أحمد البلخي المتوفى سنة ٣١٩هـ، وهو في تسع مجلدات (كشف الظنون ٢/ ١١٨٧).

[2] - قال ابن نجيم: وهو الحق (البحر الرائق ٢٧١/٣، باب الطلاق الصريح، دار المعرفة).

[3] - البحر الرائق ٢٧٣/٣، باب الطلاق الصريح، دار المعرفة.

[4] - قال ابن نجيم: وفي المحيط: الأصل أن الطلاق متى أضيف إلى وقتين مستقبلين نزل في أولهما ليصير واقعاً فيهما، وإن كان أحد الوقتين كائنا والآخر مستقبلاً وبينهما حرف العطف فإن بدأ بالكائن وقع طلاق واحد في أولهما، وإن بدأ بالمستقبل وقع طلاقان (البحر الرائق ٢٩٠/٣، فصل أنت طالق غدا، دار المعرفة).

صرف اللغو إليهنّ.

٢٨٦- ولو قال لامرأته: أمر نسائي بيدك فليس لها أن تطلق نفسها.

٢٨٧- رجل له امرأتان فقال: هذه طالق وهذه، طلقت الأولى ولم تطلق الأخرى، ولو قال: هذه وهذه طالق، طلقت الأخرى دون الأولى[١].

٢٨٨- ولو قال: خذي طلاقك، أو وهبت طلاقك، أو رضيت طلاقك، أو شئت[٢] تقع طلقة واحدة وإن لم ينو؛ لأنه صريح الطلاق، ولو قال: أردت طلاقك لا يقع.

٢٨٩- ولو قال: أنت طالق بإرادة الله، أو مشيئته أو بمحبته أو برضائه لا يقع، ولو قال: بعلمه أو بقضائه يقع.

٢٩٠- ولو قال: أنت طالق ما لم أطلقك وسكت تطلق[٣]؛ لأن

---

[١] - هذا خلاف ما في البحر: وفصل ابن نجيم فقال: ولو قال ... هذه طالق وهذه يقع عليها، ولو قال: هذه وهذه طالق طلقتا (وهو ما في المتن)، ولو قال: هذه وهذه طالق لم تطلق الأولى إلا أن يقول: طالقان، ولو قال: هذه طالق وهذه لم يقع على الأخرى بدون النية (البحر الرائق ٢٧٣/٣، الطلاق الصريح، دار المعرفة).

[٢] - فيه خلاف وجزم الزيلعي بأنه لابد فيهما – أي رضيت طلاقك، وشئت طلاقك – من النية فيكون كناية (رد المحتار ٢٤٩/٣، باب الصريح، طبع كراتشي).

[٣] - قال صاحب العناية: إذا قال لها: أنت طالق إذا لم أطلقك أو إذا ما لم أطلقك، فأما إن نوى شيئاً أو لم ينو، فإن كان الأول فإن نوى الوقت وقع في الحال،

كلمة ما قد يجيء للوقت بمنزلة كلمة متى، ولو قال: أنت طالق إن لم أطلقك لم تطلق حتى يموت؛ لأنها للشرط، وعدم الشرط يتحقق عند الموت[1]، ولو قال: أنت طالق إذا لم أطلقك فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه تجيء للوقت وقالا: إن سكت تطلق؛ لأنه للوقت.

٢٩١- ولو جرى على لسانه لفظ الطلاق والعتاق من غير قصد يقع عند محمد رحمه الله، وعند أبي يوسف يقع العتق ولا يقع الطلاق، وقال أبو حنيفة رحمه الله :على عكسه.

ولو جرى على لسانه لفظ الكفر لا يكفر بالاتفاق، ولو جرى على لسانه لفظ النذر يلزمه بالاتفاق؛ لأن الطلاق[2]، واليمين، والنذر لا تحتمل الفسخ، ولا يتوقف على الرضا بخلاف البيع والإجارة،

٢٩٢- رجل حكى طلاق رجل فعند ذكر الطلاق خطر بباله طلاق امرأته إن نوى الإنشاء تطلق امرأته وإلا فلا.

٢٩٣- ولو قال لامرأته: أنت تالق بالتاء قيل: إن كان عالماً لا يقع

وإن نوى الشرط وقع في آخر العمر، لأن اللفظ يحتملها ونية المحتمل صحيحة وإن كان الثاني فقد اختلف فيه العلماء، قال أبوحنيفة: لم تطلق حتى يموت وقالا: طلقت حين سكت الزوج (العناية مع فتح القدير ٣٠/٤، في إضافة الطلاق إلى الزمان، دار الكتب العلمية)،

[1] - لأن العدم لا يتحقق إلا باليأس عن الحياة وهو الشرط، وموتها بمنزلة موته (الهداية مع فتح القدير ٢٩/٤، دار الكتب العلمية)

[2] - زيد في (ن، ع): "والعتاق" بعد الطلاق.

وقيل: يقع، ولا فرق بين عالم وجاهل[1]، ولو قال: تعمدت ذلك صدق فيما بينه وبين الله تعالى، ولو قال: أشهد قبل التلفظ يصدق قضاءاً أيضاً[2].

٢٩٤- ولو قال: أنت طالٌ إن نوى يقع، ولو قال: أنت طالٍ بالكسر يقع نوى أو لم ينو، ولو قال: أنت طاق إن نوى يقع[3]، ولو قال: أنت طارق لا يقع وإن نوى.

٢٩٥- ولو قال: أربع طرق عليك مفتوحة لا يقع، وإن نوى ما لم يقل أخرجي[4].

ولو قال: أبعدي عني ونوى به الطلاق يقع.

٢٩٦- ولو قال: أنت طالق إلى سنة يقع بعد السنة؛ لأن الطلاق يحتمل التوقيت، وقال زفر رحمه الله: يقع في الحال[5]، ولو قال: أنت

---

[1] - وفي الدر المختار: "ويدخل فى الصريح: طلاغ، تلاغ، طلاك، تلاك، ط،ل،ق، أو طلاق باش بلا فرق بين عالم وجاهل، وإن قال: تعمدته تخويفاً لم يصدقه قضاء إلا إذا أشهد عليه قبله، به يفتى" (ر: الدر المختار على رد المحتار ٤٣٠/٢).

[2] - زيد في (ع): "ولو قال: أنت طالق إن نوى يقع".

[3] - هذا خلاف ما في رد المحتار والبحر قال ابن نجيم: إن حذف اللام فقط فقال: أنت طاق لا يقع وإن نوى (البحر الرائق ٢٧٤/٣، باب الطلاق الصريح، ورد المحتار ٢٥٥/٣، مطلب في قوله: علي الطلاق من ذراعي، طبع كراتشي).

[4] - وفي البحر: "ما لم يقل خذي إلى أي طريق شئت" (البحر الرائق ٣٢٨/٣، باب الكنايات).

[5] - قال ابن عابدين: لو قال: أنت طالق إلى الليل أو إلى شهر أو إلى سنة فهو على ثلاثة أوجه: إما أن ينوي الوقوع بعد الوقت المضاف إليه فيقع الطلاق بعد

طالق أمس يقع في الحال؛ لأن تقديمه ليس في وسعه فيكون تنجيزاً، ولو قال: أنت طالق غداً يقع بطلوع الفجر؛ لأنه تعليق، ولو قال: أنت طالق في غد، ونوى آخر النهار صدق عند أبي حنيفة رحمه الله[1]، ولو قال: أنت طالق قبل يوم القيامة يقع في الحال، ذكره في الزيادات.

٢٩٧- رجل قال لامرأته: قولي أنا طالق، إن قالت تطلق وإلا فلا، قالت تطلق وإلا فلا بخلاف ما إذا قال لرجل آخر: قل لإمرأتي أنها طالق، حيث طلقت، قال الرجل أو لم يقل، والفرق بينهما هو أن في الأولى أمر بالإنشاء وفي الثانية أمر بالإخبار.

٢٩٨- وإذا قالت المرأة لزوجها في غضب: إن كان ما في يدك في يدي استفديت نفسي منك فقال: ما في يدي في يدك فطلقت نفسها، وقال الزوج: ما عنيت به الطلاق فالقول قوله؛ لأنه محتمل

مضيه، أو ينوي الوقوع ويجعل الوقت للامتداد فيقع للحال، أولا تكون له نية أصلاً فيقع بعد الوقت عندنا وللحال عند زفر (رد المحتار ٢٦٢/٣، مطلب في قوله: علي الطلاق من ذراعي، كراتشي).

[1] – وقالا: لا يدين في القضاء خاصة، لأنه وصفها بالطلاق في جميع الغد فصار بمنزلة قوله: غدا ولهذا يقع في أول جزء منه عند عدم النية، ولأبي حنيفة أنه نوى حقيقة كلامه، لأن كلمة في للظرف، والظرفية لا تقتضي الاستيعاب، وتعين الجزء الأول ضرورة عدم المزاحم، فإذا عين آخر النهار كان التعيين القصدي أولى بالاعتبار من الضروري بخلاف قوله: غدا، لأنه يقتضي الاستيعاب حيث وصفها بهذه الصفة مضافاً إلى جميع الغد، الدر المختار مع رد المحتار ٥٢٣/٢.

فلا بد من النية.

٢٩٩- ولو قال: لم يبق بيني وبينك عمل إن نوى يقع[١].

وكذا في قوله: لا نكاح بيني وبينك ونوى به الطلاق[٢]، ولو قال: لم يكن بيننا نكاح لا يقع؛ لأنه كذب محض بخلاف الأول؛ لأنه محتمل الإخبار.

٣٠٠- امرأة قالت لزوجها: إنك قد تزوجت علي امرأة فقال[٣]: إن تزوجت امرأة فهي طالق تطلق المخاطبة، إلا رواية عن أبي يوسف رحمه الله، ولو قيل له: ألك امرأة غير هذه المرأة؟ فقال: كل امرأة لي فهي طالق لا تطلق هذه المرأة، والفرق بينهما هو أن غير هذه المرأة لا تحتمل هذه المرأة[٤].

---

[١] - قال ابن نجيم: وفي البزازية طلبت منه الطلاق فقال: لم يبق بيني وبينك عمل لم تطلق إلا أن ينوي به النكاح وينوي به إيقاع الطلاق فحينئذ يقع (البحر الرائق ٣٢٨/٣، باب الكنايات).

[٢] - كذا في رد المحتار على الدر المختار، فيه "الأصل أن نفي النكاح أصلاً لا يكون طلاقاً بل يكون جحوداً ونفي النكاح في الحال يكون طلاقاً إذا نوى" (٤٩٢/٢).

[٣] - زاد في (م): قال: كل امرأة لي فهي طالق.

[٤] - قال ابن نجيم: إذا قالت المرأة لزوجها: إنك تريد أن تتزوج علي امرأة أخرى، فقال: إن تزوجت امرأة فهي طالق حيث تطلق هذه المرأة إذا أبانها ثم تزوجها... والفرق قولها إنك تزوجت علي امرأة اسم المرأة يتناولها كما يتناول غيرها، أما هنا قوله: غير هذه المرأة لا يحتمل هذه المرأة (البحر الرائق ٣٨٥/٤، باب اليمين في البيع والشراء).

٣٠١- ولو قال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق وأنت، طلقت امرأته في الحال، بخلاف قوله: إن تزوجت امرأة فهي طالق وأنت، لم تطلق هي حتى يتزوج؛ لأنه علقها بالشرط.

٣٠٢- ولو قال كل امرأة أتزوجها فهي طالق، فالحيلة فيه [أن يزوجه الفضولي منه وهو يجيزه][1] بالفعل دون القول، روى[2] هشام عن محمد رحمه الله أنه لا يحنث بالقول أيضاً.

٣٠٣- رجل ظن أن النكاح فاسد قال: تركت هذه المرأة ثم ظهر أنه كان صحيحاً لا يقع الطلاق بالترك.

٣٠٤- شهد شاهدان عند امرأة بطلاقها إن كان زوجها غائباً جاز لها أن تتزوج غيره، وإن كان حاضراً يسأل عنه فإذا جحد أحتيج إلى القضاء ولا يسع لها أن يمكن لزوجها قبل القضاء.

٣٠٥- رجل قال لامرأته المطلقة الرجعية: تزوجتك يصير

---

[1] - في النسخ الثلاث: أن يتزوج الفضولي منه وهي تجيزه" والصواب ما كتبناه بين القوسين وفي الهندية (٤١٩/١، دار الفكر): "إذا قال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق فزوجه فضولي وأجاز بالفعل بأن ساق المهر ونحوه لا تطلق بخلاف ما إذا وكل به لانتقال العبارة إليه".

[2] - هو هشام بن عبد الله الرازي تفقه على أبي يوسف و محمد ومات في منزله بالرّي ودفن في مقبرته، وله النوادر وصلاة الأثر، وقال الذهبي في الميزان: هشام عن مالك وعنه أبوحاتم، قال: لقيت ألفا وسبعمائة شيخ وأنفقت في العلم سبعمائة ألف درهم، وقال أبو حاتم: صدوق ما رأيت أعظم قدراً منه، وعن ابن حبان قال: كان هشام ثقة (الفوائد البهية /٢٢٣).

مراجعاً؛ لأن العمل بحقيقة التزوج متعذر، فيصار إلى مجازاة وهو الرجعة.

٣٠٦- رجل قال لامرأته: إذا ذهبت إلى قرية كذا فأنت طالق، فذهبت إلى قرية أخرى، ومرت بضياع تلك القرية ولم تدخل عمران القرية لا يقع الطلاق؛ لأن القرية إسم للعمرانات.

٣٠٧- رجل حلف أن لا يطلق امرأته فأراد أن يطلقها ولا يحنث به، فينبغي أن يولي فمضت مدة الإيلاء وقع الطلاق ولا يحنث، أو يتزوج امرأة رضيعة ويأمر امرأته أو أختها أو أمها بأن ترضعها.

٣٠٨- ولو قال: حلال الله عليّ حرام، أو قال: كل حلال علي حرام فهو على الطعام والشراب إلا أن ينوي غيره كالطلاق وغيره، [وإن نوى طلاقاً يكون يميناً][١] وإن نوى ثلاثاً فثلاث، ولا يصرف اليمين على الماكولات والمشروبات، والقياس فيه أن يحنث كما إذا فرغ منه؛ لأنه باشر فعلاً مباحاً وهو التنفس[٢] وهو قول زفر رحمه الله، إلا أن هذا سقط اعتباره للضرورة عندنا فيصرف إلى ما قلنا، وقال المتأخرون: يقع به الطلاق من غير نية لغلبة الاستعمال بالعرف وعليه الفتوى، ولهذا لا يحلف به إلا الرجال، وإن لم تكن له امرأة يكون يميناً فتجب الكفارة بالحنث، ولو علقه بفعل مستقبل ثم وجد الشرط فالحكم فيه هو الطلاق إن كانت له امرأة وإلا الكفارة.

---

[١] - ما بين القوسين ساقط من (م).

[٢] - وفي (ن، ع): "التعيش".

٣٠٩- ولو قال: إن فعلت كذا فالحلال علي حرام، وقد كان فعله طلقت امرأته، وإن لم تكن له امرأة فلا شيء عليه؛ لأنه يمين غموس، ويذكر في الأيمان أيضاً.

٣١٠- ولو قال لامرأته: إن تزوجت عليك ما عشت فحلال الله علي حرام ثم تزوج امرأة عليها يقع على كل واحدة منهما القديمة والحديثة تطليقة.

٣١١- رجل اشترى امرأته وقعت الفرقة بينهما؛ لأن النكاح عقد ضروري فلا يظهر أثره عند القوي وهذه الفرقة فسخ لا طلاق.

ولو أعتقها بعد ما اشتراها ثم[١] طلقها قبل أن تمضي مدة تنقضى بها العدة يقع الطلاق عند محمد رحمه الله، وعند أبي يوسف رحمه الله لا يقع، والفتوى على قوله.

ولو اشترت امرأة زوجها تقع الفرقة أيضاً لوجود التمانع بين حكم الملكين، فإن اعتقت زوجها ثم طلقها وهي في العدة لم تقع الفرقة عند أبي يوسف رحمه الله، وقال محمد رحمه الله: تقع[٢]، وإن اشترته ثم

---

١ - وفي (ع): "ثم" ساقط.

٢ - ما وجدت هذه التفاصيل في الكتب الموجودة لدينا وفي تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: لو اشترى امرأته ثم طلقها لم يقع الطلاق عليها، لأن وقوع الطلاق يستدعي قيام النكاح من كل وجه أو من وجه ولم يوجد، وكذا إذا ملكته أو شقصاً منه لا يقع وعن محمد أنه يقع ... ولو اشترت زوجها ثم أعتقته ثم طلقها وقع طلاقه عليها لزوال المنافي لمالكية الطلاق ... وعلى

ماتت إن ولدت منه ولدا يعتق.

٣١٢- إذا وطي الرجل إحدى امرأتيه في الطلاق المبهم تتعين الأخرى للطلاق[١]، وفي وطء المولى في العتق المبهم في أمتيه لم تتعين عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى؛ لأن العتق غير نازل فيها قبل البيان عنده ولهذا يصح وطيها عنده، وعندهما يكون بياناً، كما في الطلاق بإقدامه عليه يدل على اختيار ملكه، كما إذا باع إحداهما.

هذا لو اشترى زوجته ثم أعتقها ثم طلقها وهي في العدة وقع طلاقه لـــزوال المانع (٢٦٩/٦، فصل في إضافة الطلاق إلى الزمان).

[١] – ولا بد أن يكون الطلاق بائناً، أما لو كان رجعياً لا يكون الوطء بياناً لطـــلاق الأخرى لحل وطء المطلقة الرجعية (البحر الرائق ٢٧٠/٤، باب العبد يعتـــق بعضه).

فصل في الاستثناء[1]

٣١٣- رجل قال لامرأته: أنت طالق ثلثا إلا واحدة طلقت ثنتين، وإن قال: إلا ثنتين طلقت واحدة؛ لأن الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا هو الصحيح، إذ لا فرق بين قوله: عليّ درهم وبين قوله عليّ عشرة دراهم إلا تسعة، ولو قال: أنت طالق ثلثاً إلا ثلثاً لا يصح فيقع ثلاثا[2]؛ لأنه استثناء الكل من الكل، وهذا بمنزلة تخصيص العام؛ لأن

---

[1] - وفي البحر: "هو في الأصل نوعان: وضعي وعرفي، فالعرفي ما تقدم من التعليق بالمشيئة، والوضعي هو المراد هنا، وهو بيان بإلا أو إحدى أخواتها" (ر: ٤١/٤).

[2] - لأنه لم يبق بعد الاستثناء شيء، ويبطل الاستثناء بأربعة بالسكتة اختياراً، وبالزيادة على المستثنى منه كأنت طالق ثلاثاً إلا أربعاً، وبالمساواة كمسئلة الكتاب وباستثناء بعض الطلاق كأنت طالق إلا نصفها، كذا في البزازية والبحر، وزاد في الخانية خامساً، فقال: والخامس ما يؤدي إلى تصحيح بعض الاستثناء وإبطال البعض كما لو قال: أنت طالق ثنتين إلا ثلاثا (ر: البحر الرائق ٤١/٤)، وقال صاحب العناية: ذكر المصنف في زياداته أن استثناء الكل إنما لا يصح إذا كان بعين ذلك اللفظ، وأما إذا استثنى بغير ذلك اللفظ فيصح وإن كان استثناء الكل من الكل من حيث المعنى، فإنه لو قال: كل نسائي طوالق إلا كل نسائي لا يصح الاستثناء بل يطلقهن كلهن، ولو قال: كل نسائي طوالق إلا زينب وعمره وبكره وسلمى لا تطلق واحدة منهن، وإن كان هو استثناء الكل من الكل، وهذا لأن الاستثناء تصرف لفظي فيصح فيما صح فيه اللفظ فلما استثنى الجزء من الكل صح لفظاً فكذا فيما بقي (العناية مع فتح القدير ١٢٨/٤، دار الكتب العلمية).

التخصيص لا يعم الكل فلابد من أن يبقى منه شيء حتى يصح التخصيص، فكذا هنا، وبهذا يبطل قول من يدعي[1] أنه استخراج بعض ما تكلم به، ورجوع عن بعض ما قاله، فإنه لو أوصى بثلث ماله إلا ثلث ماله، فإنه لا يصح الاستثناء مع أن الوصية قابل للرجوع.

٣١٤- ولو قال: أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق إلا ثلاثاً تطلق ثلاثاً؛ لأنه استثنى جميع ما تكلم آخرا.

وكذا لو كرر حروف العطف بأن قال: أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة وواحدة [وواحدة][2] طلقت ثلاثاً[3] [وكذا لو قال: أنت طالق واحدة وواحدة وواحدة إلا ثلاثا][4].

٣١٥- ولو قال: أنت طالق ثلاثا إلا ثنتين وواحدة طلقت ثلاثاً[5].

---

[1] - أي ظن بعض أصحابنا أن استثناء الكل من الكل لا يصح، لأنه رجوع والرجوع عن الطلاق باطل ودفع بأنه لو كان كذلك لصح فيما يقبل الرجوع وهو الوصية لكنه لا يجوز فيه أيضاً.

[2] - ساقط في (م).

[3] - وبطل الاستثناء، وهذا عند أبي حنيفة وعندهما يقع ثنتان، وقول أبي حنيفة أوجه (ر: فتح القدير ١٢٧/٤، دار الكتب العلمية).

[4] - ما بين القوسين ساقط في (م)، وهذا بالاتفاق، لعدم تعدد يصح معه إخراج شيء (فتح القدير ١٢٧/٤، دار الكتب العلمية).

[5] - كذا في النسخ الثلاث وفي فتح القدير: لو قال: أنت طالق ثلاثا إلا اثنتين إلا واحدة كان الواقع ثنتين، لأنك أسقطت من الثلاث ثنتين أولا فصار الحاصل واحدة، ثم أسقطت من الساقط من الصدر واحدة فجبر بها الصدر فصار الباقي ثنتين (فتح القدير ١٢٧/٤، دار الكتب العلمية).

٣١٦- ولو قال: أنت طالق ثنتين وواحدة وإلا واحدة طلقت ثنتين عند أبي يوسف رحمه الله خلافاً لزفر رحمه الله.

٣١٧- ولو قال: أنت طالق واحدة وثنتين إلا ثنتين طلقت ثلثاً.

والأصل فيه أن في كل موضع لا يمكن الرفع من الجملتين لا يصح الاستثناء.

٣١٨- ولو قال: أنت طالق إن شاء الله أو ما شاء الله متصلاً[1] سواء علم معنى الاستثناء أو لم يعلم، ولو استثنى في نفسه يجوز للزوج أن يطأ إذا بين الحروف وإلا فلا، وللمرأة أن لا تمكن نفسها من الوطي ما لم تسمع الاستثناء.

٣١٩- ولو قال: أنت طالق ثلاثاً وثلاثاً يقع عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه اشتغل بكلام آخر، فبطل استثناؤه[2]، ولو قال: أنت طالق

---

[1] - لم يقع الطلاق ... وكل من لم يوقف له على مشيئته لم يقع إذا كان متصلا فلا يفتقر إلى النية (فتح القدير ١٢٠/٤، دار الكتب العلمية).

[2] - وفي الهداية: ولو سكت ثبت حكم الكلام الأول قال ابن الهمام: أي إذا سكت كثيرا بلا ضرورة بخلافه بجشاء أو تنفس وإن كان له منه بد، بخلاف ما لو سكت قدر التنفس ثم استثنى لا يصح الاستثناء للفصل وللفصل اللغو تطلق ثلاثا في قوله: أنت طالق ثلاثاً إن شاء الله عند أبي حنيفة خلافا لهما، لأن التكرار للتأكيد شائع فيحمل عليه وهو يقول: قوله: وثلاثاً لغو فيقع فاصلاً فيبطل الاستثناء فتطلق ثلاثا (الهداية وفتح القدير ١٢٣/٤، دار الكتب العلمية).

واحدة و[1] ثلاثاً إن شاء الله لا[2] يقع؛ لأن الواحدة تحتمل الزيادة فلا يبطل بقوله: وثلاثاً.

ولا فرق بين تقديم الاستثناء وتاخيره عند أبي يوسف كما في الشرط وبه نأخذ؛ لأنه بمنزلة الشرط، ولهذا يشترط الاتصال به، بأن قال: إن شاء الله أنت طالق لم يقع عنده.

٣٢٠- ولو قال: إن شاء الله فأنت طالق، أو قال: وأنت طالق لم تقع بالاتفاق، ولو قال: أنت طالق، وإن شاء الله أو قال: فإن شاء الله يبطل استثناؤه فيقع، والله أعلم.

---

[1] - وفي (ن): "واو" ساقط.

[2] - وفي (ن،ع): "لا" ساقط، وهذا في قولهم جميعاً (المحيط البرهاني ٥٤٥/٣، الفصل التاسع: في الاستثناء في الطلاق).

مسائل متفرقة

٣٢١- رجل شرب الخمر أو النبيذ فصدع فزال عقله بالصداع فطلق امرأته لا يقع الطلاق[١]، وهذا إذا لم يكن النبيذ شديداً، أما إذا كان شديداً فيقع[٢] على قياس قول محمد؛ لأنه حرام عنده.

٣٢٢- ولو زال عقله بالسكر[٣] فطلق يقع طلاقه، وقال

---

[١] - كذا في البحر: لأن زوال العقل مضاف إلى الصداع لا إلى الشراب، كذا في فتح القدير ورد المحتار على الدر المختار (ر: ٢٦٦/٣).

[٢] - وفي (ن): "يقع" ساقط.

[٣] - وفي تعريف السكر خلاف، الأول: السكر سرور يزيل العقل فلا يعرف به السماء من الأرض، وقالا: بل يغلب على العقل فيهذي في كلامه، الثاني: السكر الذي تصح به التصرفات أن يصير بحال يستحسن ما يستقبحه الناس، قال في البحر: والمعتمد في المذهب الأول، قلت: لكن صرّح المحقق ابن الهمام في التحرير أن تعريف السكر بما مر عن الإمام إنما هو في السكر الموجب للحد؛ لأنه لو ميّز بين الأرض والسماء كان في سكره نقصان وهو شبهة العدم فيندرئ به الحد، وأما تعريفه عنده في غير وجوب الحد من الأحكام، فالمعتبر فيه عنده اختلاط الكلام والهذيان كقولهما، ومال أكثر المشايخ إلى قولهما، وهو قول الأئمة الثلاثة، واختاروه للفتوى لأنه المتعارف، وتأيد بقول علي رضي الله تعالى عنه: "إذا سكر هذى"، رواه مالك والشافعي، وبه ظهر أن المختار للفتوى قولهما في جميع الأبواب (ر: رد المحتار على الدر المختار ٢٣٩/٣، مطلب في تعريف السكران طبع كراتشي).

الطحاوي رحمه الله[1]: لا يقع، والأصح قول العامة سواء شربه طوعاً أو كرهاً أو مضطراً، ولو شرب شراباً حلواً فلم يوافق طبعه فسكر فطلق امرأته لا يقع[2].

وكذا لو زال عقله بالبنج[3]، ولبن الرماك، أو شرب دواء فسكر فطلق امرأته لا يقع، وروي عن أبي حنيفة رحمه الله أن من شرب البنج حتى زال عقله فطلق يقع إذا علم حين شربه أنه يزيل العقل.

٣٢٣- وأكل البنج حرام لكونه مضراً يزيل العقل، لا عينه حرام فإن عينه حشيش.

٣٢٤- وإذا أكره الرجل على شرب الخمر فسكر منه وطلق، فالصحيح أنه لا يلزمه الحد ولا يقع الطلاق[4]، وذكر في العيون عن محمد أنه يقع، لأنه مازال عقله بالإكراه، وإنما زال بأثر ما شرب وأثر

---

[1] - تقدمت ترجمته في الجزء الأول من الكتاب.

[2] - كذا في الدر المختار مع رد المحتار ٢٤٠/٣، طبع كراتشي).

[3] - البنج بالفتح نبات سام يستعمل في الطب للتدخين، (المنجد/ ٤٩)، وصرح في البدائع وغيرها بعدم وقوع الطلاق بأكله، والحق التفصيل: وهو إن كان للتداوي لم يقع لعدم المعصية، وإن كان للهو وإدخال الآفة قصداً فينبغي أن لا يتردد في الوقوع، قال ابن عابدين: "وفي هذا الزمان إذا سكر من البنج والأفيون والحشيش يقع زجراً، وعليه الفتوى، وتمامه في النهر" (ر: رد المحتار ٢٤٠/٣، طبع كراتشي).

[4] - وفي رد المحتار على الدر المختار: "واختلف التصحيح فصحح في التحفة وغيرها عدم الوقوع، وجزم في الخلاصة بالوقوع، قال في الفتح: والأول أحسن، وكذا في البحر" (٢٤٠/٣، طبع كراتشي).

الشيء يكون بعده.

٣٢٥- رجل كتب كتاب الطلاق كتابة مرسومة، وذلك يجري مجرى النطق فيقع الطلاق من وقت ما فرغ من الكتابة إن نوى؛ لأن الكتابة قامت مقام العبارة باعتبار الحاجة فهو كالنطق في الحكم.

٣٢٦- ولو علق الطلاق بمجيء الكتاب لم يقع ما لم يجيء الكتاب إليها ولا يصدق أنه لم ينو الطلاق[١]، ولو محى ذكر الطلاق ثم بعث إليها[٢] ينظر إن كان الباقي يسمى كتاباً أو رسالةً يقع وإلا فلا[٣].

٣٢٧- ثم الكتابة[٤] أنواع: نوع مستبين الحروف لكن غير

---

[١] - كذا في رد المحتار على الدر المختار (٤٦٥/٢).

[٢] - وفي (ن، ع): "ثم بعث إليها" ساقط.

[٣] - فيه تفصيل، كذا ذكره في البحر، وحاصله أن الحوائج إن كتبها في أوله والطلاق في آخره فإن محى الحوائج فقط فوصل إليها لا تطلق، وإن محى الطلاق فقط طلقت، وإن كتب الطلاق أولاً والحوائج آخرا انعكس الحكم، ولو كتب الطلاق في وسطه وكتب الحوائج قبله وبعده فإن محى الطلاق وترك ما قبله طلقت، وإن محى ما قبله أو أكثر لا تطلق (ر: البحر الرائق ٢٦٧/٣، دار المعرفة).

[٤] - قال في الهندية: "الكتابة على نوعين: مرسومة وغير مرسومة، ونعني بالمرسومة أن يكون مصدراً ومعنوناً مثل ما يكتب إلى الغائب، وغير المرسومة أن لا يكون مصدّراً ومعنوناً وهو على وجهين: مستبينة وغير مستبينة، فالمستبينة ما يكتب على الصحيفة والحائط والأرض على وجه يمكن فهمه وقراءته، وغير المستبينة ما يكتب على الهواء والماء وشيء لا يمكنه فهمه وقرأته، ففي غير المستبينة لا يقع الطلاق وإن نوى، وإن كانت مستبينة لكنها غير مرسومة إن نوى

مرسوم كالكتابة على الجدار، وأوراق الأشجار، وهو ليس بحجة من القادر على التكلم فلا يقع به الطلاق إلا بالنية أو الدلالة، وأما إذا كان غير مستبين كالكتابة على الهواء والماء فهو بمنزلة كلام غير مسموع، وذلك لا يعد كلاماً ولا يثبت به الحكم، نوى الطلاق أو لم ينو.

٣٢٨- ولو قال: طلقت امرأتي وسماها بغير اسمها لا يقع إلا أن ينويها؛ لأن الغائب يعرف بالإسم.

ولو قال: زينب طالق وهي امرأته وقال: لم أنو امرأتي لا يصدق قضاء[١].

٣٢٩- رجل قال لامرأته: اشتريت طلاقك بمهرك، فقالت اشتريت لا يقع ما لم يقل الزوج: بعت، وهو المختار.

٣٣٠- رجل طلق امرأته بالعربية وهو يعلم أن بهذا يقع الطلاق، ولكن لا يعلم معناه يقع به الطلاق، إلا أن يلقن الآخر ذلك حيث قالت المرأة لزوجها: أنا أشتكي من الصداع، وهذه رقية فأرقها على رأسي فقل: أنت طالق فقال ذلك، يقع في القضاء علم به أو لم يعلم، وعلمت المرأة أو لم تعلم، ولا يقع فيما بينه وبين الله تعالى إذا لم يعلم به و لم ينو طلاقاً.

٣٣١- امرأة أرادت الخروج فقال زوجها: إن خرجت فأنت

الطلاق يقع، وإلا فلا، وإن كانت مرسومة يقع الطلاق، نوى أو لم ينو"، (ر: الفتاوى الهندية ٣٧٧/١، دار الفكر، رد المحتار على الدر المختار ٤٦٥/٢).

[١] - كذا في البحر: (ر: ٦٤/٣).

طالق فجلست ثم خرجت بعد ذلك لم تطلق.

٣٣٢- وإذا أراد الرجل أن يجامع امرأته فلم تطاوعه فقال: إن لم تدخلي معي في البيت فأنت طالق، فدخلت بعد سكون شهوته تطلق.

٣٣٣- ولو قال: جميع نساء أهل الدنيا طالق تطلق امرأته[١].

٣٣٤- رجل شك في طلاق امرأته، قال سفيان الثوري[٢] رحمه الله: يجدد نكاحها، هذا عين الورع، وقال زفر رحمه الله: هي امرأته؛ لأن اليقين لا يزال بالشك، وهذا عين الفقه، كذا قال أبو حنيفة رحمه الله.

٣٣٥- رجل طلق امرأته ثلاثاً ثم تزوجها قبل التحليل فجاءت منه بولد ولا يعلمان بفساد النكاح يثبت النسب، وإن كانا يعلمان بفساد النكاح يثبت النسب أيضاً عند أبي حنيفة رحمه الله.

---

[١] - وفي الهندية: "لا تطلق امرأته إلا أن نواها، رواه هشام عن أبي يوسف رحمه الله، وعليه الفتوى، ولا فرق بين ذكر لفظ جميع وعدمه في الأصح" (ر: ٣٥٧/١، دار الفكر). وكذا ذكره ابن عابدين الشامي رحمه الله وبعده قال: "بخلاف نساء المحلة والدار والبيت وفي نساء القرية والبلدة خلاف الثاني وكذا العتق" (ر: ٥٠٠/٢).

[٢] - هو الإمام الحافظ الفقيه سفيان الثوري من العلماء المعروفين، وكان أمير المؤمنين فى الحديث، حدث عن أبيه، وحبيب بن أبي ثابت، والأسود بن قيس وخلق من أهل الكوفة، روى عنه خلق لا يحصون منهم: ابن المبارك، ويحيى القطان، وابن وهب، ووكيع وخلق كبير، وقال سفيان الثوري: ما من عمل أفضل من طلب الحديث إذا صحت النية فيه، ولد رحمه الله في سنة سبع وتسعين، ومات في البصرة في شعبان سنة إحدى وستين ومائة (تذكرة الحفاظ ١٥١/١ -١٥٣، وتهذيب التهذيب٤/١٠١-١٠٢).

٣٣٦- امرأة سمعت أن زوجها طلقها ثلثاً وهي لا تقدر أن تثبته ولا تقدر أن تمنع نفسها منه، فلها أن تقتله إذا أراد قربانها، ولكن لا تقتله بآلة حتى لا يجب القصاص، فالحيلة في هذه المسئلة: أن المرأة تغيّر هيئتها وتغطي وجهها حتى لا يعرفها زوجها، ويقول آخر: إنك تزوجت هذه المرأة؟ إن قال: ما تزوجتها فيقول له: إن كنت تزوجتها فهي طالق ثلثاً؟ إن قال: نعم، يكون إقرارا منه، ثم تكشف وجهها.

٣٣٧- وإذا تيقنت المرأة أنها مطلقة ثلثاً، وزوجها منكر ولا بينة لها عليه لا يحل لها ان تحلل نفسها بزوج آخر في القضاء، إذا سافر الزوج، وقال أبو شجاع[1]: لها أن تحلل نفسها.

٣٣٨- رجل علق الطلاق بالتزوج[2] ثم تزوج امرأة فاستفتى من شفعوي المذهب، فأفتى على مذهبه أنه لا يقع الطلاق، وفتواه لا يكون حجة في حقه، ولو حكما شفعوياً في هذه المسئلة فحكم على مذهبه، فالصحيح أنه ينفذ حكمه؛ لأنه مجتهد فيه، هذا إذا كان السائل من أهل الاجتهاد، والاستنباط لا يكون قوله[3] حجة له، وأما إذا لم يكن من أهل

---

[1] - هو أبو شجاع عمر بن محمد بن عبد الله بن محمد بن عبد الله بن نصر البسطامي ثم البلخي، جده الأعلى من بسطام، سكن بلخ وولد هو بها، وكان فقيهاً مفسراً أديباً شاعراً كاتباً حسن الاخلاق، سمع منه خلق بمرو، وبلخ، وهراة، وبخارى، وسمرقند، وكانت ولادته في ذي الحجة سنة خمس وسبعين وأربعمائة ببلخ (الفوائد البهية ص ٢٤٤، رقم الترجمة٢٩٥).

[2] - وفي (م): "التزويج".

[3] - وفي (ن، ع): "قوله" ساقط.

الاجتهاد فأخذ قوله، ثم صار الرجل[1] على مذهب أبي حنيفة رحمه الله يسعه المقام مع امرأته، وكذالك الحكم في كل تعليق الطلاق بالملك أو سببه.

٣٣٩- والأفضل للرجل أن يعطي مهر المرأة قبل الدخول بها، والأفضل للمرأة أن لا تأخذ من الزوج شيئاً حتى يدخل بها.

[1] - زيد في (ن، ع): "فقيها".

فصل في الرجعة[1]

٣٤٠- إذا طلق الرجل امرأته تطليقة رجعية أو تطليقتين، فله أن يراجعها في عدتها رضيت بذلك أم لم ترض، لقوله تعالى: ﴿الطلاق مرتان﴾[2] أي الطلاق الذي يملك الرجعة عليها مرتان، كذا ذكره في[3] الكشاف، ولقوله تعالى: ﴿فأمسكوهن بمعروف﴾[4] من غير فصل.

٣٤١- وحكم الطلاق فيه يتأخّر عنه إلى انقضاء العدة ليبقى التدارك فيه عما فرط منه، ولابد من قيام العدة؛ لأن الرجعة[5] استدامة

---

[1] - الرجعة بالفتح والكسر، والفتح أفصح، يقال: رجع إلى أهله، ورجعته إلى أهله، ويقال في مصدره أيضاً: رجعاً ورجوعاً ومرجعاً والرجعي والرجعة، وربما قالوا: إلى الله رجعانك، كذا في العناية والفتح (ر: ١٤١/٤، دار الكتب العلمية).

[2] - البقرة: ٢٢٩.

[3] - الكشاف فى التفسير صنفه محمود بن عمر بن محمد بن أحمد الزمخشري الملقب بجار الله من أئمة العلم بالدين والتفسير واللغة والآداب، ولد في زمخشر وسافر إلى مكة فجاور بها زمنا فلقب بجار الله، وتنقل في البلدان ثم عاد إلى الجرجانية من قرى خوارزم فتوفي فيها، من أشهر كتبه: الكشاف في تفسير القرآن، (انظر للتفصيل: الأعلام للزركلي ١٧٨/٧).

[4] - البقرة: ٢٣١.

[5] - الرجعة في اصطلاح الشرع عبارة عن استدامة ملك النكاح، ولها شرائط: إحداها تقديم صريح لفظ الطلاق أو بعض ألفاظ الكناية كما تقدم، والثانية: أن لا يكون بمقابلته مال، والثالثة: أن لا يستوفي الثلاثة من الطلاق، والرابعة أن

النكاح عندنا، لا إعادة الزائل؛ لأن الإمساك هو الإبقاء وإنما يتحقق الاستدامة في العدة لا بعدها[١].

٣٤٢- ثم الرجعة على نوعين: سني وبدعي[٢]، فالسني هو أن يراجعها[٣] بالقول ويشهد عليها شاهدين، ويعلمها بذلك كيلا تقع في المعصية[٤]، والبدعي وهو أن يراجعها بالفعل كالمس والقبلة والنظر إلى فرجها بشهوة، أو يراجعها بالقول ولم يشهد عليها أو أشهد ولم يعلمها[٥]، ثم الرجعة بالقول يصح بلا خلاف، وبالفعل فيه خلاف الشافعي رحمه الله.

٣٤٣- والأصل فيه عندنا أن كل شيء تثبت به حرمة المصاهرة تثبت[٦] به الرجعة، وقال الشافعي رحمه الله: لا تصح الرجعة

تكون المرأة مدخولاً بها، والخامسة: أن تكون العدة قائمة، كذا في شرح العناية (ر: ١٤١/٤، دار الكتب العلمية).

[١] – لأنه لا ملك بعد انقضاءها.

[٢] – والمراد بالبدعي هنا خلاف المندوب وفي الطلاق مكروهاً تحريماً، كذا في رد المحتار على الدر المختار (ر: ٥٧٧/٣).

[٣] – كذا في جامع الرموز (٢٣٥/٣).

[٤] – لأنه لو لم يعلمها لربما تقع المرأة في المعصية فإنها قد تتزوج بناء على زعمها أن زوجها لم يراجعها وقد انقضت عدتها ويطأها الزوج الثاني فكانت عاصية (كذا في العناية ١٤٥/٤، دار الكتب العلمية).

[٥] – كذا فى جامع الرموز (٣/ ٢٣٥).

[٦] – كذا في الهندية والتاتارخانية (٤٦٩/١).

بالفعل؛ لأن الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح عنده، وبالقول بدون الإشهاد لا تصح أيضاً في أحد قوليه، وهو قول مالك رحمه الله تمسكاً بالأمر[١]، ولنا أن الإشهاد مستحب[٢] فيها؛ لأن الله تعالى قرنها بالمفارقة وهو مستحب فيها[٣].

ولو راجعها بلفظ التزويج يجوز في قول محمد رحمه الله، وعليه[٤] الفتوى، ولو قال: أنت امرأتي ونوى به الرجعة فهو رجعة، وكذا لو قال: أنت عندي كما[٥] كنت، ولو قال: للمطلقة الثلاث بعد التحلل[٦] أوالمطلقة البائن: راجعتك يصير نكاحاً؛ لأن المحل لا يقبل الرجعة فانصرف إلى ابتداء النكاح.

---

[١] – أي قوله تعالى: ﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾ (سورة الطلاق:٢).

[٢] – وفي رد المحتار على الدر المختار: "وندب الإشهاد احترازا عن التجاحد وعن الوقوع في مواقع التهم وإن لم يشهد صح" (ر: رد المحتار ٥٧٦/٣).

[٣] – أي في قوله تعالى: ﴿فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾ (سورة الطلاق:٢)، والإشهاد في المفارقة مستحب فكذا في الرجعة (انظر: العناية وفتح القدير ١٤٥/٤، دار الكتب العلمية).

[٤] – كذا في الهندية: (٤٦٩/١، دار الفكر).

[٥] – وفي الهندية: "ألفاظ الرجعة صريح وكناية، فالصريح: راجعتك في حال خطابها، أو راجعت امرأتي حال غيبتها وحضورها أيضاً، ومن الصريح ارتجعتك، ورجعتك، ورددتك، وأمسكتك، ومسكتك بمنزلة أمسكتك، فهذه يصير مراجعاً بها بلا نية، والكناية: أنت عندي كما كنت، وأنت امرأتي فلا يصير مراجعاً إلا بالنية، كذا في فتح القدير (ر: ٤٦٨/١، دار الفكر).

[٦] – وفي (ن، ع): "التحليل".

٣٤٤- وإذا كان الطلاق بائناً دون الثلاث، فله أن يتزوجها في عدتها وبعد انقضاء عدتها؛ لأن حل المحلية باق له، فالمحرم هو الثلاث فتنعدم الحرمة قبله، وإنما يمنع نكاح الغير في العدة لاشتباه النسب، ولا اشتباه في حق الزوج[١]، وإن كان الطلاق ثلاثاً في الحرة أو ثنتين في الأمة لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره لقوله تعالى: ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره﴾[٢] ويراد به الطلقة[٣] الثالثة؛ لأنها هي المحرمة، وقوله: "حتى تنكح" أي نكاحاً صحيحاً، ويدخل بها حتى يوجب الغسل سواء أنزل به[٤] أو لم ينزل، وقوله: "حتى تنكح" مدَّ الحكم إلى غاية نكاحها[٥]، فإن التمكين من الوطيء يسمى نكاحاً، والتمكين من الزنا يسمى زنا.

---

[١] - كذا في فتح القدير: (١٦٩/٢) والبدائع (١٨٨/٣).

[٢] - البقره: ٢٣٠.

[٣] - في (ن،ع): "المطلقة الثلاث" والصحيح ما في المتن، وكذا في الهداية: "الطلقة الثالثة" (٣٩٩/٢).

[٤] - وفي هذه المسئلة خلاف لحسن البصري لا تحل عنده حتى ينزل، كذا في فتح القدير، وفي العناية: الإنزال كمال ومبالغة في الدخول، وهذا قيد زائد لا يثبت إلا بدليل ولا دليل عليه، بل الدليل يدل على عدمه؛ لأنه ذكر العسيلة وهي تصغير العسلة، وهي كناية عن إصابة حلاوة الجماع وهي تحصل بالإيلاج، وأيضاً كان التصغير دالا على عدم الشبع بالإنزال (ر: العناية مع الفتح: ١٦١/٣، دار الكتب العلمية).

[٥] - زيد في (ن، ع): "ويراد به تمكينها".

٣٤٥- وشرط الدخول إنما يثبت فيه بالحديث المشهور، وهو قوله عليه السلام: "لا حتى تذوقي عسيلته"[١] ويراد به اللذة، ولا خلاف لأحد في الدخول سوى سعيد[٢] بن المسيب[٣]، وقوله فيه غير معتبر، حتى لو قضى القاضي به لا ينفذ قضاؤه[٤].

٣٤٦- ولو تزوجها بشرط التحليل[٥] جاز النكاح ويكره، وتحل[٦] للأول إذا وطيها عند أبي حنيفة[٧] رحمه الله، وقال أبو يوسف رحمه الله:

---

[١] - حديث: "حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك" رواه الجماعة، البخاري في الطلاق (حديث:٥٢٦١)، مسلم في النكاح (حديث:١١٥)، أبوداود فى الطلاق (حديث:٢٣٠٩)، النسائي في الطلاق (حديث:٣٠٧٦)، ابن ماجه في النكاح (حديث:١٩٣٢).

[٢] - وفي القنية: "أن سعيد بن المسيب رضي الله تعالى عنه رجع عن مذهبه في أن الدخول بها ليس بشرط في صيرورتها حلالاً للأول" كذا في البحر (ر: ٥٧/٤).

[٣] - قيل: هو قول بشر المريسي وداود الظاهري والشيعة، ولكن هذا القول غير معتبر؛ لأنه مخالف للحديث المشهور كذا في الفتح: (١٨٠/٣).

[٤] - ففي فتح القدير: وقال الصدر الشهيد: ومن أفتى بهذا القول فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين (ر: ١٦٠/٤، دار الكتب العلمية).

[٥] - أي بأن يقول: تزوجتك على أن أحلك له، أو تقول هي ذلك فهو مكروه كراهة التحريم المنتهضة سبباً للعقاب لقوله -ﷺ: "لعن المحلل والمحلل له" أما لو نوياه ولم يقولاه فلا عبرة به، ويكون الرجل مأجوراً لقصده الإصلاح، (ر: فتح القدير ١٦٢/٤، دار الكتب العلمية).

[٦] - وفي (ن، ع): "يحل".

[٧] - لوجود الدخول في نكاح صحيح، إذ النكاح لا يبطل بالشرط، وعن أبي يوسف

لا يصح النكاح ولا تحل للأول[1]، وقال محمد: يصح النكاح ولا تحل للأول، ولو نواه في قلبه ولم يشترط يصح النكاح[2]، وتحل للأول بالاتفاق.

أنه يفسد النكاح، لأنه في معنى الموقت فيه ولا يحلها على الأول لفساده (الهداية مع فتح القدير ١٦٢/٤، دار الكتب العلمية).

[1] - وفي (م): "وقال محمد رحمه الله: يصح النكاح ولا تحل للأول" ساقط.

[2] - وفي البدائع: "لأن مجرد النية في المعاملات غير معتبر فوقع النكاح صحيحاً لاستجماع شرائط الصحة" (ر: بدائع الصنائع ١٨٧/٣).

فصل في الخلع

٣٤٧- الخلع هو النزع[١] قال الله تعالى: ﴿هن لباس لكم وأنتم لباس لهن﴾[٢] فكأنهما نزعا لباسهما[٣] بهذا الفعل، إذا تشاق[٤] الزوجان[٥] وخافا أن لا يقيما حدود الله وهو ما يلزمهما[٦] من مواجب الزوجية، فلا بأس بأن تفتدي نفسها منه بمال يخلعها به سواء كان المال مهراً أو غيره لقوله تعالى: ﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به[٧]﴾، أي لا جناح على الرجل فيما أخذ ولا عليها فيما أعطت.

---

[١] - وفي البحر: "الخلع لغة النزع، وشرعاً على ما اخترناه: إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع أو ما في معناه" (ر: ٤/٧٧، دار المعرفة).

[٢] - البقرة: ١٨٧.

[٣] - وفي البحر: "الخلع بالضم هو استعارة من خلع اللباس" (ر: ٤/٧٧، دار المعرفة).

[٤] - وفي النسخ الثلاث: "تشاقا" والصحيح ما كتبناه كما في الهداية (الهداية مع الفتح ٤/١٨٨، دار الكتب العلمية).

[٥] - في القهستاني عن شرح الطحاوي: السنة إذا وقع بين الزوجين اختلاف أن يجتمع أهلهما ليصلحوا بينهما، فإن لم يصطلحا جاز الطلاق والخلع، كذا في الدر المختار (٢/٦٠٦).

[٦] - وفي (ن، ع): "ما يلزمها من موجب".

[٧] - البقره: ٢٢٩.

٣٤٨- ولا يصح الخلع والطلاق على مال[١] إلا بالقبول في المجلس، والمعتبر فيه مجلس المرأة لا مجلس الزوج حتى لو قام الزوج من مجلسه ثم قبلت المرأة في مجلسها صح قبولها، ولزم المال، فإذا فعل ذلك وقع بالخلع تطليقة بائنة عندنا؛ لأن الخلع من الكنايات[٢]، حتى لو خالعها ثلاث[٣] مرات فإنها لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره، وقال الشافعي[٤] رحمه الله: إذا لم ينو الطلاق يصير فسخاً في قوله القديم، ويلزمها المال بالتزامها، ولأن المرأة ما رضيت بتسليم المال إليه إلا أن تسلم لها نفسها، وذلك بالبينونة، فالخلع من جانب الزوج بمنزلة اليمين[٥] حتى لا يصح فيه الخيار، ولا يملك الزوج الرجوع عنه، ويصح تعليقه بالخطر، ومن جانب المرأة بمنزلة[٦] مبادلة مال بمال حتى تملك[٧] الرجوع عنه قبل قبول الزوج، ولا يصح تعليقه بالخطر، ويصح الخيار

---

[١] - وفي الفتح: "فإن الطلاق على مال ليس هو الخلع بل في حكمه" (كتاب الطلاق باب الخلع).

[٢] - كذا في البحر: "لقوله عليه السلام: الخلع تطليقة بائنة" (ر: ٧١/٤).

[٣] - وفي البحر: "لو قال: قد خلعتك على ألف، قال: ثلاث مرات، فقبلت طلقت ثلاثاً بثلاثة آلاف" (ر: البحر ٨٠/٤، دار المعرفة).

[٤] - وفي المجموع: وإن خالعها بلفظة الخلع ولم ينو به الطلاق ففيه قولان: أحدهما وهو قوله في القديم: أنه فسخ، والثاني: أنه طلاق (المجموع شرح المهذب ١٥/١٧، كتاب الخلع، دار الفكر).

[٥] - كذا في الخانية: (٥٢٨/١)، وكذا في البحر (ر: ٧٢/٤).

[٦] - كذا في الخانية: (٥٢٨/١)، وكذا في البحر (٧٢/٤).

[٧] - وفي (م): "يملك".

من جانبها[1] عند أبي حنيفة رحمه الله.

٣٤٩- ثم إن كان النشوز من قبله يكره[2] له أن يأخذ منها عوضاً لقوله تعالى: ﴿وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج﴾ إلى قوله: ﴿فلا تأخذوا منه شيئاً﴾[3]، ولأنه يصير زيادة وحشة[4] بأخذ المال منها، وإن كان النشوز من قبلها كرهنا له أن يأخذ [منها][5] أكثر مما أعطاها، وفي رواية[6]

---

[1] - بأن قال: خالعتك على كذا على أنك بالخيار ثلاثة أيام فقبلت جاز الشرط عنده، حتى لو اختارت في المدة، وقع الطلاق ووجب المال، وإن ردت لا يقع ولا يجب، وعندهما شرط الخيار باطل، والطلاق واقع والمال لازم، وقال في البحر: المراد بالخيار خيار الشرط لا خيار الرؤية، لأن خيار الرؤية لا يثبت في الخلع، ولا في كل عقد لا يحتمل الفسخ كما ذكره العمادي في فصوله، وأما خيار العيب في بدل الخلع، فثابت في العيب الفاحش، وهو ما يخرجه من الجودة إلى الوساطة، ومن الوساطة إلى الرداءة (ر: البحر الرائق ٩٣/٤، دار المعرفة، الدر المختار مع رد المحتار ٤٤٢/٣، باب الخلع، كراتشي).

[2] - والمراد بالكراهة كراهة التحريم المنتهضة سبباً للعقاب، وقال ابن نجيم: والحق أن الأخذ في هذه الحالة حرام قطعا (البحر الرائق ٨٣/٤، دار المعرفة).

[3] - قال سبحانه وتعالى: ﴿وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً أتأخذونه بهتانا وإثماً مبيناً﴾ (النساء: ٢٠).

[4] - كذا في (ن، ع)، وفي الهداية: "ولأنه أوحشها بالاستبدال فلا يزيد في وحشتها بأخذ المال" (الهداية مع فتح القدير ١٩٤/٤، دار الكتب العلمية) هذا أوضح.

[5] - زدناه من الهداية.

[6] - وفي الفتح: "أن رواية الجامع أوجه، نعم يكون أخذ الزيادة خلاف الأولى (١٩٦/٤، دار الكتب العلمية).

الجامع الصغير:[1] طاب الفضل أيضاً[2] لإطلاق ما تلونا[3]، وقضية الإطلاق تدل على أن أخذ العوض منها يجوز وإن كان النشوز من قبله.

٣٥٠- وما جاز أن يكون مهراً في النكاح جاز أن يكون بدلاً في الخلع؛ لأن البضع متقوم[4] عند الدخول في الملك، وغير متقوم عند الخروج، وما يصلح عوضاً للمتقوم فأولى أن يصلح عوضاً لغير المتقوم، ولكن ما لا يجوز مهراً لا يصلح[5] أن يكون بدلاً في الخلع، كمن

---

[1] - الجامع الصغير للإمام المجتهد أبي عبد الله محمد بن الحسن الشيباني الحنفي، وهو أحد الكتب الستة للإمام المذكور: الجامع الكبير، والجامع الصغير، والسير الصغير، والسير الكبير، والمبسوط، والزيادات، ويقال لرواياتها ظاهر الراوية، والجامع الصغير هو كتاب قديم مبارك مشتمل على ألف وخمس مائة واثنين وثلاثين (١٥٣٢) مسئلة، كما قال البزدوي، ذكر الاختلاف في مائة وسبعين مسئلة، ولم يذكر القياس والاستحسان إلا فى مسئلتين، والمشايخ يعظمونه حتى قالوا: لا يصلح المرأ للفتوى ولا للقضاء إلا إذا علم مسائله، أنظر للتفصيل (كشف الظنون ١/٥٦١، ٥٦٧).

[2] - وفي الجامع الصغير: امرأة اختلعت على أكثر من مهرها والنشوز منها، طاب الفضل للزوج (الجامع الصغير ص: ٢١٦، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، باكستان).

[3] - والمراد به: ﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾ (البقرة:٢٢٩).

[4] - كذا في البحر: (ر: ٤/٧٦).

[5] - كذا في النسخ الثلاث: والأولى أن يقال: "مالا يجوز أن يكون مهراً يصلح أن يكون بدلا في الخلع"، كذا ذكر في العيني، وقال العلامة بدر الدين العيني في شرح الهداية: "إن من الأشياء مالا يصلح للمهر ويصلح لبدل الخلع كدرهم

خالع على أقل من عشرة دراهم يصح.

٣٥١- ولو خالعها على نفقة العدة يصح[١] كما يصح نفقة المال[٢]، بخلاف الإبراء[٣] فإنه يصح عن الماضي لا عن المستقبل.

٣٥٢- وإن بطل العوض في الخلع[٤] يقع الطلاق بائناً، وإن بطل العوض في الطلاق[٥] يقع رجعياً.

إلى تسعة دراهم"، وبهذا علم أن في كلام المصنف مسامحة فلا يصح أن يقال: مالا يصلح مهراً لايصلح بدلاً فى الخلع؛ لأنه لو خالعها على ما في بطن جاريتها أو غنمها صح، وله ما في بطونها ولا يجوز مهرا، بل يجب مهر المثل كذا في فتح القدير (١٩٨/٤)، والبحر الرائق (٧٦/٤).

[١] - كذا في البدائع: (١٥٢/٣).

[٢] - والأولى أن يقال: "نفقة العدة على الطلاق بمال" كذا في الخانية (ر: ٥٣٠/١، دار الفكر).

[٣] - وفي الفتح: "بخلاف الإبراء منها حال قيام النكاح؛ لأن الإبراء من النفقة المستقبلة لا يصح" هذا أوضح وأقرب إلى الفهم (ر: ٢١٠/٤، دار الكتب العلمية).

[٤] - مثل أن يخالع المسلم على خمر أو خنزير أو ميتة، فلا شيء للزوج والفرقة بائنة، كذا في الهداية مع الفتح (ر: ٢١٩/٤).

[٥] - حاصله: أنه إذا شرط في الفرقة عوضا غير متقوم حتى بطل، فإما أن يكون موقعاً بلفظ الخلع أو الطلاق، ففي الخلع يقع بائنا، وفي الطلاق يقع رجعياً إن كانت مدخولاً بها وهي دون الثلاث، أما الاشتراك في وقوع الطلاق فإنه علقه بقبولها وقد قبلت، وأما الافتراق بينهما بالبينونة والرجعة فلأنه لما بطل العوض كان العامل في الأول لفظ الخلع وهو كناية والواقع بها بائن، وفي الثاني الصريح وهو يعقب الرجعة، وأما عدم وجوب شيء عليها للزوج فلأنها ما سمت مالا متقوما لتصير غارة له (العناية وفتح القدير ١٩٨/٤، ١٩٩، دار الكتب العلمية).

٣٥٣- ولو قالت: طلقني ثلاثاً بألف درهم، فطلقها واحدة[١] فعليها ثلث الألف[٢]؛ لأن كلمة "الباء" تصحب الأعواض، والعوض ينقسم على المعوض، والطلاق يكون بائناً؛ لأنه طلاق على مال.

٣٥٤- ولو قالت: طلقني ثلاثاً على ألف[٣] فكذلك عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله[٤]؛ لأن كلمة "على" بمنزلة كلمة "الباء" في المعاوضات، وعند أبي حنيفة رحمه الله لا يجب على المرأة شيء ويقع رجعياً؛ لأن كلمة "على" للشرط، والحكم[٥] لا يتوزع على أجزاء الشرط[٦]، كما إذا قال لامرأته: إن دخلت هذه الدار وهذه الدار وهذه الدار فأنت طالق فدخلت إحداهما لا يقع شيء؛ لأن إيقاع الكل يتعلق بوجود كل الشرط[٧].

---

[١] - يشترط أن يطلقها في المجلس حتى لو قام فطلقها لا يجب شيء، كذا في فتح القدير (ر: ٢٠١/٤، دار الكتب العلمية).

[٢] - هذا الحكم فيما إذا لم يطلقها قبله إذ لو كان طلقها ثنتين ثم قالت: طلقني ثلاثاً فطلقها واحدة كان عليها كل الألف (فتح القدير ٢٠١/٤، دار الكتب العلمية).

[٣] - فطلقها واحدة، كذا ذكر المصنف في الهداية (الهداية مع فتح القدير ٢٠٤/٤، دار الكتب العلمية).

[٤] - وفي الهداية: "قالا: هي واحدة بائنة بثلث الألف" (الهداية مع فتح القدير ٢٠٤/٤، دار الكتب العلمية).

[٥] - والمراد بالحكم "المشروط" كذا في الفتح (٢٢٦/٤).

[٦] - وفي (م): "المشروط" والصواب ما كتبناه كما في الهداية.

[٧] - الذي يظهر من جهة الدليل ترجيح قول أبي حنيفة في هذه المسئلة كذا في البدائع (ر: ١٥٣/٣).

وذكر في البحر: "أنه ذكر في التحرير ترجيح العوضية بذكر المال؛ لأنها

٣٥٥- ولو قالت: طلقني وضرتي على ألف، فطلقها واحدة، فهذا أيضاً على الخلاف[١].

٣٥٦- ولو قال الزوج: طلقي نفسك ثلاثاً بألف فطلقت نفسها واحدة لم يقع شيء؛ لأن الزوج ما يرضى بالبينونة إلا أن تسلم له الألف كلها، بخلاف قولها: طلقني ثلاثاً بألف، فطلق واحدة يقع؛ لأنها لما رضيت بالبينونة بألف رضيت ببعضها بأولى.

٣٥٧- ولو قالت: طلقني[٢] واحدة بألف، فطلقها ثلاثاً طلقت ثلاثاً

الأصل" (ر: رد المحتار٢/٦١١)، فقد اختلف الترجيح ولم يظهر لي وجه ترجيح الأول.

١ - وفي الهندية: "إذا كان مهر مثلهما على السواء يجب نصف الألف، وإن كان مهر مثلهما على التفاوت تجب حصة المطلقة من الألف، من المشائخ من قال هذا على قولهما، وأما على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى: فلا يجب شيء، ومنهم من قال هذا على قول الكل، والأصح الأول" (ر: الفتاوى الهندية: (٤٩٧/١، دار الفكر).

٢ - وفي البحر: "الحاصل أنه لا يخلو إما أن تسأله الطلاق أو يسألها على مال، فإن كان الأول، فإما أن يجيبها بالموافقة أو لا، فإن كان الأول فظاهر واستحق المسمى، وإن كان الثاني، فإما أن تسأله "بالباء" أو "بعلى" فإن كان بالباء وقع ما تلفظ به، وانقسم المال على عدد الطلقات، فكان له بحسابه إن لم يحصل مقصودها، فإن حصل فإن كانت الواحدة مكملة للثلاث استحق الكل، وإن كان "بعلى" فإما إن كانت المخالفة بأنقص أو بأزيد، فإن كان بأنقص وقع بغير شيء، وإن كان الثاني كما لو سألته واحدة بألف، فطلقها ثلاثاً، فإن ذكر المال في جوابه وقع الثلاث بالمسمى إن قبلت، وإلا فلا،

بغير شيء في قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه إنشاء طلاق؛ لأن الواحد غير الثلاث، وقالا: يلزمها[1] الألف؛ لأنه أتى بما طلبت وزاد عليه، ولو[2] أجابها فقال: أنت طالق ثلاثاً بألف يتوقف على قبولها[3] في قوله، وفي قولهما: تقع[4] واحدة بألف، وإن لم تقبل، وإن قبلت طلقت ثلاثاً، واحدة بألف وثنتان بغير[5] شيء.

٣٥٨- ويجوز أن يتوقف الطلاق على قبول المال وإن لم يجب المال كما لو طلق الصغيرة على مال[6].

وإن لم يذكر المال وقع الثلاث بغير شيء، وهذا كله إن ذكر الثلاث بكلمة واحدة، وإن ذكر متفرقة وقعت الأولى بالمال وثنتان بغير شيء" (ر: ٨٩/٤، دار المعرفة).

[1] - وفي الخانية: "قال صاحباه رحمهما الله تعالى: تقع واحدة بألف وثنتان بغير شيء" (ر: ٥٣٣/١، دار الفكر).

[2] - "بأن قالت: طلقني واحدة بألف، وقال لها الزوج: أنت طالق ثلاثاً بألف" كذا في الخانية (ر: ٥٣٢/١).

[3] - وفي الخانية: "إن قبلت يقع الثلاث بألف وإن لم تقبل لا يقع شيء عنده".

[4] - كذا في الهندية: (٤٩٦/١).

[5] - وفي الهندية: "حكى أبو الحسن عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه رجع إلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وروى ابن سماعة عن محمد أنه رجع إلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى في هذه المسئلة، هكذا ذكره في الجامع، كذا في غاية السروجي، (ر: الفتاوى الهندية ٤٩٦/١)، كذا في البدائع (١٥٣/٣).

[6] - أي لو شرط الزوج الألف على الصغيرة تتوقف على قبولها إن كانت من أهل القبول بأن تكون مميزة فإن قبلت وقع الطلاق ولا يجب المال، لأنها ليست

٣٥٩- والمبارأة كالخلع أي يقع بها الطلاق البائن[١] بدون النية[٢] كما في الخلع، والمبارأة: أن يبرأ كل واحد[٣] منهما صاحبه، والخلع والمبارأة يسقطان كل حق[٤] لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح عند أبي حنيفة رحمه الله، نحو حق طلب المهر للمرأة، وحق طلب الرجوع بنصف[٥] المهر للزوج، وحل الاستمتاع.

من أهل الغرامة، إذ البينونة بالخلع تعتمد القبول دون لزوم المال (ر: فتح القدير ٢١٢/٤، دار الكتب العلمية).

[١] - بأن يقول الزوج برئت من نكاحها بكذا، كذا في شرح الوقاية، وقد صورها في فتح القدير بأن يقول: بارئتك على ألف وتقبل (ر: البحر ٩٤/٤، دار المعرفة، فتح القدير ٢٠٧/٤، دار الكتب العلمية).

[٢] - وفي البحر: نية الطلاق في الخلع والمبارأة شرط الصحة إلا أن المشايخ لم يشترطوه في الخلع لغلبة الاستعمال، ولأن الغالب كون الخلع بعد مذاكرة الطلاق، فلو كانت المبارأة أيضاً كذلك لا حاجة إلى النية، وإن كان من الكنايات، وإن لم يكن كذلك فبقيت مشروطة في المبارأة، وسائر الكنايات على الأصل (ر: ٩٤/٤، دار المعرفة).

[٣] - وفي (ن، ع): "واحدة".

[٤] - المراد بكل حق: "المهر، والنفقة الماضية إذا كانت مفروضة" بخلاف نفقة العدة والسكنى في العدة لا تقع البرأة منهما وإن كان من حقوق النكاح، كذا صرح الحاكم الشهيد في الكافي، وكذا ذكره في الفتح والعناية (ر: فتح ٢٠٨/٤، دار الكتب العلمية).

[٥] - هذا إذا بارأها بمال معلوم سوى المهر أو كانت المرأة غير مدخول بها ولم يكن المهر مقبوضاً فلا ترجع على زوجها بنصف المهر عند أبي حنيفة وأبي يوسف

أما الدين الذي وجب بسبب آخر لا يسقط[1] بالاتفاق على ظاهر الرواية[2]. ونفقة العدة لا تسقط أيضاً؛ لأنها غير واجبة عند[3] الخلع وإنما تجب شيئاً فشيئاً، وعند محمد رحمه الله لا تسقط الحقوق فيهما أصلاً[4]، وقال أبو يوسف رحمه الله: لا يسقط في الخلع كما قال محمد رحمه الله، وفي المبارأة يسقط كما قال أبو حنيفة[5] رحمه الله، ولأبي حنيفة رحمه الله أن الخلع ينبئ عن الفصل بين شيئين، والمبارأة مفاعلة من البراءة فتقتضيها من الجانبين ولمحمد رحمه الله أن هذه[6]

رحمهما الله، كذا في الهندية، وقدم صورها في البحر والرد والفتح ستة عشر وجهاً (ر: البحر الرائق ٩٤/٤، دار المعرفة، رد المحتار ٦١٤/٢).

[1] – كذا في البحر (ر: ٨٨/٤)، وكذا في الفتح (ر: ٢٣٥/٤).

[2] – وفي الخانية، وهو الصحيح (ر: ٥٣٠/١).

[3] – كذا في البحر والفتح، لكن قال في البحر والفتح: "قبل الخلع" (البحر ٩٧/٤، دار المعرفة).

[4] – والأولى أن يزاد "إلا ما سمياه" كذا في الهداية مع الفتح (٢١٣/٤، دار الكتب العلمية).

[5] – وفي (ن، ع): "كما قال أبو حنيفة" ساقط.

[6] – أي كل واحد من الخلع والمبارأة معاوضة، وفي المعاوضات يعتبر المشروط لا غير، ولهذا لو كان لأحدهما دين واجب بسبب آخر أو عين في يده لا يسقط بهما شيء من ذلك ونفقة عدتها لا تسقط، وإن كانت من حقوق النكاح كذا في العناية (العناية مع فتح القدير ٢١١/٤، دار الكتب العلمية). وفي هذه المسئلة ترجيح قول محمد رحمه الله تعالى بأنه عقد معاوضة فلا يزاد على ما تراضيا عليه (ر: فتح القدير: (٢١٠/٤، دار الكتب العلمية).

معاوضة، و[في][1] المعاوضات يعتبر المشروط لا غيره، وحقوق النكاح غيره.

٣٦٠- ومن خلع ابنته وهي صغيرة بمالها لم يجز عليها؛ لأنه لا نظر لها فيه[2]؛ لأن البضع في حالة الخروج غير متقوم، والبدل متقوم بخلاف النكاح؛ لأنه[3] عند الدخول متقوم، ولهذا يعتبر خلع المريضة[4] من الثلث[5]، ونكاح المريض بمهر المثل من جميع المال، وإذا لم يجز الخلع لا يسقط المهر، ولا يستحق مالها، وهل يقع الطلاق؟ فيه روايتان،

---

[1] - ما بين القوسين ساقط من (م) وزدناه من الهداية تصحيحاً للمتن.

[2] - قال في البحر: "ومذهب مالك أن الأب إذا علم أن الخلع خير لها بأن كان الزوج لا يحسن عشرتها فالخلع على صداقها صحيح، فإن قضى به قاض نفذ قضاؤه، كذا في البزازية، وقال ابن عابدين الشامي رحمه الله: المراد بالقاضي المالكي (البحر: ٩٩/٤، دار المعرفة)، رد المحتار: (٤٥٧/٣، خلع الصغيرة طبع كراتشي).

[3] - أي البضع.

[4] - المراد بالمريضة مرض الموت.

[5] - فله الأقل من إرثه وبدل الخلع إن خرج من الثلث، وإلا فالأقل من إرثه والثلث إن ماتت في العدة، ولو بعدها أو قبل الدخول فله البدل إن خرج من الثلث، وقد صوّرها في رد المحتار: "لو كان إرثه منها خمسين وبدل الخلع ستين، والثلث مائة فقد خرج الإرث والبدل من الثلث، فلها الأقل وهو خمسون، وإن كان الثلث أربعين فلها الأقل منه ومن الإرث وهو أربعون، والحاصل أن له الأقل من ميراثه ومن بدل الخلع ومن الثلث دفعاً لتهمة المواضعة (ر: الدر المختار مع رد المحتار ٤٦٠/٣، خلع المريضة طبع كراتشي).

والأصح أنه يقع[1]؛ لأنه تعليق بشرط قبوله[2]، فيعتبر بالتعليق كسائر الشروط.

٣٦١- وإن خالعها على ألف على أنه ضامن، أي بضمان الالتزام لا بضمان الكفالة[3] صح الخلع ولزمه الألف؛ لأنه لا دين على الصغيرة، فالخلع واقع والألف لازم على الأب؛ لأن اشتراط بدل الخلع على الأجنبي يجوز، فعلى الأب أولى، ولا يسقط مهرها[4]؛ لأنه لم يدخل تحت ولاية الأب[5]، وإن شرط الألف عليها يتوقف على قبولها إن كانت

---

[1] - كذا في رد المحتار ٤٥٧/٣، في خلع الصغيرة طبع كراتشي، وما ذكر الخلاف إذا قبل الأب، فإن قبلت وهي عاقلة مميزة، والطلاق بالاتفاق ولا يلزمها المال (المصدر السابق).

[2] - أي قبول الأب، فيعتبر بالتعليق بسائر الشروط مثل أن يقول: إن دخلت الدار وغيره، وفي ذلك يقع إذا وجد الشرط، فكذلك إذا وجد القبول (انظر: العناية مع فتح القدير ٢١٣/٤، دار الكتب العلمية).

[3] - أي معنى الضمان ههنا: التزام المال على نفسه لا الكفالة عن الصغيرة، لأن الزوج لا يستحق عليها مالا حتى يتكفل عنها أحد (العناية مع فتح القدير ٢١٤/٤، دار الكتب العلمية).

[4] - سواء كان الخلع على المهر أو على ألف، لكن إذا كان على المهر فلها أن ترجع به على الزوج، والزوج يرجع به على الأب لضمانه، أما لو كان على ألف، فإنها إذا رجعت بالمهر على الزوج لا يرجع به على الأب؛ لأنه لم يضمن له المهر بل ضمن له الألف، وكلام المؤلف محمول على هذا التفصيل كما في رد المحتار (ر: ٤٥٨/٣، طبع كراتشي).

[5] - وفي الفتح: فإذا بلغت تأخذ نصف الصداق إن كان قبل الدخول، وكله إن كان بعده من الزوج ويرجع هو على الأب الضامن، أو ترجع هي على الأب، ولا

من أهل القبول، فإن قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط، وهو قبولها، ولا يجب المال؛ لأنها ليست من أهل الغرامة، وإن قبله الأب عنها ففيه روايتان[1]، وكذا إذا خالعها[2] قبل الدخول بها على مهرها ولم يضمن المهر يتوقف على قبولها، فإن قبلت طلقت[3] ولا يسقط المهر، وإن قبل الأب عنها فعلى الروايتين[4]، وإن ضمن الأب المهر، وهو ألف[5] طلقت؛ لأن الشرط قد وجد[6] وهو قبوله ويلزمه خمسمائة[7] استحساناً، وفي

يرجع هو على الزوج، ولو كان المهر عينا أخذته من الزوج كله إن كان بعد الدخول، ونصفه إن كان قبله، ويرجع الزوج على الأب الضامن قيمته (ر: ٢١٢/٤، دار الكتب العلمية).

[1] - أي في وقوع الطلاق، ففي رواية يصح، لأن هذا نفع محض، ولأن الصغيرة تتخلص عن عهدته بغير مال، وفي رواية لا يصح؛ لأن هذا القبول بمعنى قبول اليمين وذلك مما لا يحتمل النيابة، وهذا هو الأصح (فتح القدير ٢١٣/٤، دار الكتب العلمية).

[2] - أي خالع الصغيرة الزوج على مهرها، ولم يضمن الأب المهر، كذا في الفتح (ر: ٢٣٩/٤).

[3] - وفي الفتح: "وقع الطلاق بائناً" (فتح القدير ٢١٣/٤، دار الكتب العلمية).

[4] - وفي رواية يصح، وفي أخرى لا يصح، وفي الخانية: "والصحيح أنه يقع، لأن لسان الأب كلسانها" (٥٣٦/١، دار الفكر) فقد اختلف التصحيح وقد صرح الفقهاء أن قاضي خان من أجل من يعتمد على تصحيحه.

[5] - كذا في النسخ الثلاث، وفي الهداية: ألف درهم (ر: ٤٠٩/٢).

[6] - وفي (ن، ع): "قد وجد" ساقط.

[7] - وفي الفتح: "إن كان مهرها ألفاً والخلع قبل الدخول وهو المراد بمسئلة الكتاب يلزمه خمسمائة" (ر: ٢١٣/٤، دار الكتب العلمية).

القياس يلزمه ألف[1]، وأصله في الكبيرة إذا اختلعت قبل الدخول على ألف، ومهرها ألف ففي القياس عليها خمسمائة زائدة، وفي الاستحسان لا شيء عليها[2]؛ لأنه يراد به عادة حاصل[3] ما يلزمه لها.

---

[1] – بحكم الضمان، قال صاحب العناية: واعلم أن ضمان الأب بالمهر وهو ألف درهم إذا صح لا يخلو من أحد الأمرين: إما أن تكون مدخولا بها أولا، فإن كانت فلها على الزوج جميع المهر، وللزوج على الأب بحكم الضمان ألف درهم، وإن لم تكن فلها على الزوج نصف المهر، لأن النصف الآخر سقط بالطلاق قبل الدخول، وللزوج على الأب ألف درهم بحكم الضمان في القياس، وأما في الاستحسان فللزوج على الأب خمسمائة، لأن المقصود سلامة الألف وقد حصلت، إذ النصف سقط بالطلاق قبل الدخول، والنصف الآخر ترجع به المرأة عليه فهو يرجع به على الضامن وهو الأب، هذا إذا لم تقبض المهر، أما إذا قبضت المهر كله فيرجع الزوج بالنصف عليها وبالنصف الآخر على الضامن فيسلم له جميع الألف ولا معتبر باختلاف السبب عند اتحاد المقصود (العناية مع فتح القدير ٤/٢١٦-٢١٧، دار الكتب العلمية).

[2] – لأنه وجب له عليها ألف بالشرط وهي وجب لها خمسمائة بالطلاق قبل الدخول فيلتقيان قصاصا بقدره فبقي عليها خمسمائة له، وفي الاستحسان لا يجب عليها قبل القبض شيء، لأن المهر يراد به عرفا ما تستحقه المرأة وهو نصف المهر فيسقط عن الزوج، وبعد قبضه يجب له خمسمائة بالشرط وتبرأ عن الباقي بحكم الخلع (فتح القدير ٤/٢١٣، دار الكتب العلمية).

[3] – كذا فى (ن،ع) وفي (م): "فالحاصل مايلزمه لها" وهو خطأ.

فصل في طلاق المريض

٣٦٢- إذا طلق الرجل امرأته في مرض موته[١] طلاقاً بائناً ومات وهي في العدة ورثت[٢] منه، وإن مات بعد انقضاء عدتها فلا ميراث لها، وقال الشافعي رحمه الله: لا ترث في الوجهين؛ لأن الزوجية بطلت بالطلاق وهي سبب الميراث، ولهذا لا يرث منها إذا ماتت، وقال مالك رحمه الله: ترث ما لم تتزوج بزوج آخر لقول عثمان رضي الله عنه: "من فرّ من كتاب الله رد عليه" من غير فصل[٣]، ولنا أن الزوجية سبب الإرث والزوج قصد إبطاله فيرد عليه قصده بتاخير عمل الطلاق إلى انقضاء العدة.

٣٦٣- والأصل في طلاق الفار متى أبان الرجل[٤] امرأته المدخول بها في مرض موته بلا سوال ولا رضا منها، وهي من أهل الميراث وقت الإبانة ترث منه لما قلنا[٥].

---

[١] - وفي البحر: "أراد به المرض الذي اتصل به الموت" (ر: البحر ٤٣/٤).

[٢] - لقوله عليه السلام: "لا ضرر ولا ضرار في الإسلام"، فلم يعمل الطلاق في الحال في إبطال سببية النكاح لاستحقاق الإرث كذا في البدائع (ر: ٢٢٠/٣).

[٣] - كذا في رد المحتار على الدر المختار (ر: ٥٦٤/٢).

[٤] - وفي الهندية: "المرأة كالرجل حتى لو باشرت سبب الفراق من خيار البلوغ والعتق وتمكين ابن الزوج والارتداد ونحو ذلك من المرض وغيره يرثها الزوج لكونها فارة، والحامل لا تكون فارة إلا إذا جاءها الطلق" (ر: الفتاوى الهندية ٤٦٣/١، دار الفكر).

[٥] - ذكر ابن الهمام في فتح القدير (١٣١/٤، دار الكتب العلمية): "هكذا روي عن

٣٦٤- وإن اختلعت منه في المرض ثم مات وهي في العدة لم ترثه؛ لأنها رضيت بإبطال حقها.

٣٦٥- وإن قالت: طلقني طلاقاً رجعياً فطلقها ثلاثاً[١] ورثته؛ لأن الطلاق الرجعي لا يزيل النكاح فلم تكن راضية ببطلان حقها بسوالها، وإن طلقها ثلاثاً بأمرها ثم أقرّ لها بدين أو أوصى لها بوصية فلها الأقل[٢] من الميراث ومن الدين.

٣٦٦- ومن كان محصوراً أو في صف[٣] القتال[٤] إذا طلق امرأته لا يكون فاراً؛ لأن الغالب فيه السلامة، وكذا راكب السفينة[٥]، ومن قدم

عمر وعائشة وابن مسعود وابن عمر وأبي بن كعب أن امرأة الفار ترث ما دامت في العدة".

[١] - والمراد بالثلاث البائن، فدخل ما لو طلقها واحدة بائنة أيضاً كذا في البحر، وفيه أيضاً لم أر حكم ما إذا سألته واحدة بائنة فطلقها ثلاثاً، وظاهر المحيط: أنها ترث، (ر: البحر الرائق ٤/٤٩، دار المعرفة).

[٢] - وفي الهندية: "وإنما يكون لها الأقل منهما عندنا لو مات الزوج وهي في العدة، أما إذا مات بعد انقضاءها، فلها جميع ما أقر لها به، كذا في الفصول العمادية" (ر: ١/٤٦٤، دار الفكر).

[٣] - في معراج الدراية من كتاب الوصايا: "لو اختلطت الطائفتان للقتال وكل منهما مكافئة للأخرى، أو مقهورة فهو في حكم مرض الموت وإن لم يختلطوا فلا، فإنه يدل على أن المكافأة تكفي" (ر: رد المحتار ٣/٣٨٥، طبع كراتشي).

[٤] - وفي رد المحتار: "في صف القتال احتراز عما إذا خرج عن الصف للمبارزة، فإنه يكون فاراً" (ر: ٢/٥٦٨).

[٥] - قال في المبسوط: "فإن تلاطمت الأمواج وخيف الغرق فهو كالمريض"، وكذا

ليقتل في رجم أو قصاص إذا طلق يكون فاراً؛ لأن الغالب فيه الهلاك.

٣٦٧- والمريض إذا طلق امرأته ثم صح ثم مات لم ترث منه عندنا خلافاً لزفر رحمه الله[١].

٣٦٨- المريض إذا كان بحال لا يقوم بحوائجه[٢] ويخاف منه الهلاك يثبت حكم الفرار[٣].

في البدائع، وقيده الإسبيجابي بأن يموت من ذلك الموج، أما لو سكن ثم مات لا ترث (ر: رد المحتار على الدر المختار ٣٨٦/٣، طبع كراتشي)، وفي الخانية: "إذا انكسرت سفينة وبقي على لوح فطلق يكون فاراً، وإن طلق بعد اضطراب السفينة قبل الانكسار لا يكون فاراً" (٥٥٥/١، دار الفكر).

[١] - وفي الهداية: وقال زفر: ترث، لأنه قصد الفرار حين أوقع في المرض وقد مات وهي في العدة، ولكنا نقول: المرض إذا تعقبه برء فهو بمنزلة الصحة لأنه ينعدم به مرض الموت فتبين أنه لاحق لها يتعلق بماله فلا يصير الزوج فارا (الهداية مع فتح القدير ١٣٨/٤، دار الكتب العلمية).

[٢] - قال ابن نجيم: والمراد به هنا من عجز عن القيام بحوائجه خارج البيت، وهذا في حق الرجل أما في حق المرأة فيعتبر عجزها عن القيام بمصالحها داخل البيت (البحر الرائق ٤٦/٤، دار المعرفة).

[٣] - قال ابن الهمام: "فأما إذا أمكنه القيام بها في البيت كالوضوء والقيام إلى الخلاء لا في خارجه فالأصح أنه صحيح وقال ابن عابدين: ومقتضى هذا أنه لو كان مريضاً مرضاً يغلب منه الهلاك لكنه لم يعجزه من مصالحه كما يكون في ابتداء المرض لايكون فاراً، وفي نور العين قال أبو الليث: كونه صاحب فراش، ليس بشرط لكونه مريضاً مرض الموت، بل العبرة للغلبة، لو الغالب من هذا المرض الموت، فهو مرض الموت وإن كان يخرج من

أما الذي يجيء ويذهب ويحم[1] كل يوم فهو الصحيح[2].

٣٦٩- والمقعد والمفلوج إن كان[3] قديماً[4] فهو بمنزلة الصحيح.

٣٧٠- امرأة قالت: طلقني واحدة فطلقها ثلاثاً ترث استحساناً.

البيت، وبه كان يفتي الصدر الشهيد، كذا ذكر محمد في الأصل مسائل تدل على أن الشرط خوف الهلاك غالباً لا كونه صاحب فراش" (ر: رد المحتار ٣٨٤/٣، كراتشي، والفتح ١٣٥/٤، دار الكتب العلمية).

[1] - "يحم" بالضم وهو الذي أصابته الحمى لكن لم يصر عاجزاً عن الحوائج، كذا في جامع الرموز (٢/ ٢٣٤).

[2] - كذا في الخانية:(٥٥٥/١)، وكذلك صاحب الجرح والوجع الذي لم يجعله صاحب فراش، فهو كالصحيح (ر:٥٥٥/١، دار الفكر).

[3] - وفي البحر: "بعضهم اعتبروا العرف، فما يعد قديماً فقديم وإلا فلا" (ر: ٥١/٤، دار المعرفة).

[4] - بأن تطاول سنة ولم يحصل فيه إزدياد فهو صحيح، وبه كان يفتي الصدر الشهيد حسام الأئمة والصدر الكبير برهان الأئمة، أما لو مات حالة الازدياد الواقع قبل التطاول أو بعده فهو مريض، وهنا قول آخر أيضاً، قال محمد بن سلمة: إن كان يرجى برؤه بالتداوي فهو بمنزلة المريض، وإن كان لا يرجى برؤه بالتداوي فهو بمنزلة الصحيح، وقال أبو جعفر الهندواني: إن كان يزداد كل يوم فهو مريض، وإن كان يزداد مرة وينقص أخرى ينظر إن مات بعد ذلك بسنة فهو بمنزلة الصحيح، وإن مات قبل السنة فهو مريض، وروى أبونصر العراقي عن أصحابنا أنه ينظر إن كان يصلي قاعداً فهو بمنزلة المريض، وإن كان يصلي مضطجعاً فهو الصحيح (انظر: البحر الرائق ٥٦٦/٢).

باب العدة

٣٧١- العدة[1] تربص المرأة بزوال النكاح أو شبهته[2] لتعرف براءة الرحم، وفيه معنى العبادة وهو تبع، ألا يرى أنها تنقضي بدون علمها.

٣٧٢- عدة[3] الحرة البالغة بعد الدخول في الطلاق والفسخ[4]

---

[1] - العدة بالكسر لغة مصدر يستعمل بمعنى المعدود، وفي اللغة الإحصاء، يقال: عددت الشيء مرةً أي أحصيته إحصاءًا، وفي الصحاح والقاموس وغيرهما: عدة المرأة أيام أقراءها فهو معنى لغوي أيضاً، وبالضم الاستعداد للأمر، وشرعا قيل: هي تربص يلزم المرأة عند زوال النكاح أو شبهته، وفي البدائع: العدة في عرف الشرع: اسم لأجل ضرب لانقضاء مابقي من آثار النكاح، وتعريف البدائع شامل لعدة الصغيرة بخلاف تعريف المؤلف (ر: البدائع ٣/ ١٩٠، رد المحتار ٦٤٨/٢، البحر الرائق ١٢٧/٤، جامع الرموز ٢٤٩/٢).

[2] - كنكاح فاسد، ومزفوفة لغير زوجها (الدر المختار مع رد المحتار ٥٠٣/٣، كراتشي).

[3] - وفي الخانية: "المعتدات ثلاث: المطلقة، والموطوءة عن شبهة، والمتوفى عنها زوجها، والاعتداد قد يكون بالحيض، وقد يكون بالأشهر، وقد يكون بوضع الحمل، أو بإسقاط سقط استبان خلقه أو بعض خلقه" (ر: الفتاوى الخانية ٥٤٩/١، دار الفكر).

[4] - مثل الانفساخ بخيار البلوغ، والعتق، وعدم الكفاءة، وملك أحد الزوجين الآخر، والردة في بعض الصور، والافتراق عن النكاح الفاسد، والوطء بشبهة، كذا في الفتح (ر:٢٧٦/٤، دار الكتب العلمية).

تنقضي بثلاثة أقراء، والأقراء الحيض عندنا هو الصحيح، لأنه يؤيده قوله عليه السلام: عدة الأمة حيضتان[1]، وعند الشافعي رحمه الله الأطهار، واللفظ حقيقة فيهما إذ هو من أسماء الأضداد[2].

٣٧٣- وعدة الآئسة والصغيرة ثلاثة أشهر لقوله تعالى: ﴿واللائي يئسن من المحيض﴾[3] وقوله: ﴿واللائي لم يحضن﴾. ومدة الآيسة مقدرة بخمس[4] وخمسين سنة مروي عن أبي حنيفة رحمه الله،

---

[1] - موقوف، أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٦٢/٣) عن قبيصة أنه سمع زيد بن ثابت يقول: "الطلاق إلى الرجل والعدة إلى المرأة إن كان الرجل حراً، وكانت المرأة أمة فثلاث تطليقات، والعدة عدة الأمة حيضتان.... واعتدت الحرة ثلاث حيض"، وروى ابن أبي شيبة عن علي، وعن ابن عمر مثله (المصنف لابن أبي شيبة ١٤٦/٤، مكتبة الرشد – الرياض).

[2] - تعرض المؤلف لكونه من الأضداد إشارة إلى نفي قول من يقول: إنه مجاز في أحدهما، لأنه لابد للمجاز من مناسبة، وكونه من الأضداد ينفيها كذا في العناية (٢٧٦/٤، دار الكتب العلمية).

[3] - "واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن" (الطلاق: ٤)، والأولى أن يزاد، وكذا التي بلغت بالسن ولم تحض، لقوله تعالي: "واللائي لم يحضن" كما في الهداية (ر: الهداية مع الفتح ٢٧٨/٤، دار الكتب العلمية).

[4] - في جامع الرموز والخانية والسراجية: "اختلف الفقهاء في حد الإياس، قال حسام الدين رحمه الله: إن كانت خمس وخمسين سنة ولا تحيض، وعليه الفتوى، وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى: خمسين سنة، وبه يفتى اليوم كما في المفاتيح، وقال بعضهم: ستين سنة أو ثلاث وستين كما في النظم، وقال

ولم يفصل بين الروميات وغيرهن، وعند محمد في الروميات كذلك، وفي غير الروميات ستون سنة[1]؛ لأن الروميات أسرع تكسراً، والأصح أنه يختلف باختلاف الهواء والبلدان والغذاء وعليه الفتوى.

٣٧٤- وعدة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشراً، سواء كانت صغيرة أو كبيرة مدخولا بها أو غير مدخول بها لإطلاق النص[2].

٣٧٥- وعدة الحبلى تنقضي بوضع الحمل، سواء كانت مطلقة أو متوفى عنها زوجها، حرة كانت أو أمة لإطلاق قوله تعالى: ﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾[3].

٣٧٦- وعدة الإماء نصف عدة الحرائر بالأشهر.

٣٧٧- وإن كانت المرأة آيسة فاعتدت بالشهور، ثم رأت الدم في آخر عدتها، انتقض ما مضى من الشهور، وتستأنف العدة بالحيض،

بعضهم: إنه مفوض إلى مجتهد الزمان، وقدر البعض: بعدم رؤية الدم مرة، وقيل: مرتين، وقيل: بثلاث، وقيل: بستة أشهر، فتنقضي العدة بعد ذلك بثلاثة أشهر، وإليه ذهب مالك، فلو قضى به قاض نفذ، وذكر في الزاهدي أنه لو ارتفع حيضها تنظر تسعة أشهر بأن بها حبل والا اعتدت بثلاثة أشهر بعدها، وبه أخذ مالك رحمه الله، ويفتي به بعض أصحابنا للضرورة"، قاله في جامع الرموز (ر: جامع الرموز ٢/ ٢٥١، الخانية ١/ ٥٤٩ ، السراجية/ ٤٧)، وكذا في الفتح (ر: ٤/ ٣١٩).

[1] - وفي الفتح: وعنه بسبعين، وبه قال الصفار (ر:٢٨٦/٤، دار الكتب العلمية).

[2] - هو قوله تعالى: ﴿ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا﴾ (البقرة: ٢٣٤).

[3] - الطلاق: ٤.

ومعناه إذا رأت الدم على العادة؛ لأن عود العادة يبطل الإياس هو الصحيح، فظهر أنه لم يكن خلفاً؛ لأن شرط الخلفية[1] عند تحقق الياس بالأصل بدوام العجز إلى الممات، كالفدية في حق الشيخ الفاني، قيل: هذا على قول من لم يقدر الإياس بمدة، وعلى قول من قدره بمدة إذا رأت دماً لم يكن حيضاً كالصغيرة التي لا تحيض مثلها إذا رأت دماً بعد ما اعتدت بالشهور لم تستانف؛ لأنه أصل في حقها.

٣٧٨- صغيرة اعتدت بالشهور ثم حاضت في آخر عدتها، تستأنف العدة بالحيض، وكذا الكبيرة إذا اعتدت بالحيض والحيضتين ثم أيست تستأنف العدة بالشهور.

٣٧٩- وإذا مات مولى أم الولد عنها أو أعتقها فعدتها ثلاث حيض، لقول عمر رضي الله عنه: "عدة أم الولد ثلاث حيض"[2]؛ ولأنها وجبت[3]

---

[1] - في (ن،ع): "الخليفة".

[2] - أثر عمر بن الخطاب: "عدة أم الولد ثلاث حيض" قال الزيلعي: قلت: غريب (وانظر للتفصيل نصب الراية ٣٧٧/٣)، وروى ابن أبي شيبة في مصنفه: أن عمرو بن العاص أمر أم ولد أعتقت أن تعتد ثلاث حيض وكتب إلى عمر فكتب بحسن رأيه، وأخرجه أيضاً عن الحارث عن علي وعبد الله قالا: ثلاث حيض إذا مات عنها يعني أم الولد (المصنف لابن أبي شيبة ١٦٢/٥، ١٦٥ الدار السلفية الهندية)، وروى محمد بن الحسن في الموطأ عن علي أنه قال: عدة أم الولد ثلاث حيض (٥٤٠/٢، باب عدة أم الولد، دار القلم، دمشق).

[3] - في النسخ الثلاث: "وجدت"، والصواب ما كتبناه كما في الهداية (٤٢٤/٢).

بزوال الفراش، فأشبهت[1] عدة المنكوحة، وقال الشافعي رحمه الله: عدتها حيضة واحدة؛ لأنها تجب بزوال ملك اليمين فأشبهت الاستبراء، وإن كانت ممن لا تحيض، فعدتها ثلاثة أشهر عندنا، كما فى النكاح.

٣٨٠- وابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق، وفي الوفاة عقيب الوفاة، فإن لم تعلم بالطلاق أو الوفاة حتى مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها، واختيار مشايخنا في الطلاق من وقت الإقرار نفياً لتهمة المواضعة[2]، وفي المتوفى عنها زوجها عن علي رضى الله عنه من وقت الخبر[3].

٣٨١- وإذا طلق الرجل امرأته إن كان الطلاق في أول الشهر فالعدة بالشهر، وإن كانت في بعض الشهر، قال أبوحنيفة رحمه الله: عدتها تسعون يوماً، وقالا: تعتد الأول بالأيام والثاني بالشهور.

٣٨٢- والعدة في النكاح الفاسد عقيب التفريق بينهما، أو عزم

---

[1] - في (م): "فأشبه" والصواب ما كتبناه.

[2] - بأن يتواضعا على الطلاق وانقضاء العدة ليصح إقرار المريض لها بالدين أو يتواضعا عليه ليتزوج أختها أو أربعاً سواها ... وعرف أن تقييده بالإقرار يفيد أن الطلاق المتقدم إذا ثبت بالبينة ينبغي أن تعتبر العدة من وقت قامت لعدم التهمة لأن ثبوتها بالبينة لا بالإقرار (فتح القدير ٢٩٦/٤، دار الكتب العلمية).

[3] - أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى (حديث: ١٥٤٥٠) وقال الزيلعي: روي عن علي وابن مسعود وابن عباس أن ابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق وفي الوفاة عقيب الوفاة، قلت: أما حديث علي فأخرجه البيهقي عنه، قال: العدة من يوم يموت أو تطلق، انتهى (نصب الراية٣/ ٣٧٧، دار الكتب العلمية).

الواطي على ترك وطئها عندنا، وقيل: المتاركة في النكاح الفاسد لا يتحقق إلا بالقول، بأن يقول: تركتك وخليتك، وقال زفر رحمه الله: من آخر الوطئات؛ لأن الوطء هو السبب الموجب[1].

٣٨٣- وإذا وطئت المعتدة بشبهة فعليها عدة أخرى، وتداخلت العدتان[2]، فإن حبلت منه فعدتها أن تضع حملها، وتسقط عن الزوج النفقة، وكذا إذا زنت، وقال زفر رحمه الله: لها النفقة في الوجهين.

٣٨٤- ولا ينبغي أن يخطب المعتدة[3]، ولا بأس بالتعريض في الخطبة، وتفسيره قال ابن عباس رضي الله عنهما: "هو أن يقول: إني أريد أن أتزوج[4]"، وعن سعيد بن جبير رضي الله عنه في قوله: ﴿قولوا قولاً معروفاً﴾[5] وهو أن يقول: إني فيك لراغب، أو إني أريد أن نجتمع،

---

[1] - أي للعدة، إذ لو لم يطأ لم تجب عليها العدة، ولنا أن كل وطء وجد في العقد الفاسد يجري مجرى الوطأة الواحدة لاستناد الكل إلى حكم عقد واحد، ولهذا يكتفي في الكل بمهر واحد (العناية والهداية مع فتح القدير ٢٩٦/٤، ٢٩٧، دار الكتب العلمية).

[2] - وفي (ن،ع): "العدة"، وإذا انقضت العدة الأولى ولم تكمل الثانية فعليها تمام العدة الثانية (الهداية مع فتح القدير ٢٩٤/٤، دار الكتب العلمية).

[3] - أراد به المتوفى عنها زوجها، إذا التعريض لا يجوز في المطلقة بالإجماع (انظر: فتح القدير ٣٠٨/٤، دار الكتب العلمية).

[4] - وفي موسوعة فقه ابن عباس: التعريض بالخطبة..... أن يقول: "إني أريد أن أتزوج، وإني لأحب امرأة من أمرها ومن أمرها" (أنظر للتفصيل موسوعة فقه ابن عباس ص: ١٩٩، والجامع لأحكام القرآن للقرطبي: ٣/ ١٢٣).

[5] - البقرة: ٢٣٥، وفي تفسير القرآن العظيم لابن كثير: "هو أن يقول: إنى أريد

وقيل: هذا في حق المتوفى عنها زوجها، وأما في حق المطلقة لا يجوز التعريض أصلاً، لأنها لا تخرج، كذا ذكره في شرح التأويلات.

٣٨٥- وعلى المتوفى عنها زوجها يجب الحداد، وفي المبتوتة اختلاف[1].

٣٨٦- إمرأة زارت أهلها فطلقها زوجها عندهم كان على المرأة أن تعود إلى منزلها.

٣٨٧- إمرأة أقرت بانقضاء عدتها بالحيض لم تصدق عند أبي حنيفة رحمه الله في أقل من ستين يوماً، وعندهما: لم تصدق في أقل من تسعة وثلاثين يوماً، وعند الشافعي لم تصدق في أقل من ثلاثة وثلاثين يوماً.

وإن ادعت في مدة لا يحتمل ذلك لا تصدق[2]، إلا أن تدعي الإسقاط، وتقول: أسقطت سقطاً مستبين الخلق فيكون القول قولها مع يمينها.

التزوج، وإن النساء لمن حاجتي، ولوددت أن تيسر لي امرأة صالحة، وهكذا قال مجاهد وطاوس وعكرمة وسعيد ابن جبير وإبراهيم النخعي" (انظر للتفصيل تفسير القرآن العظيم لابن الكثير ١/ ٣٢٨، ط: دار الفكر).

[1] - قال الشافعي: لا إحداد على المبتوتة، لأنه وجب لإظهار التأسف وهو في الموت لصبره على صحبتها إلى الموت، بخلاف ابتدائه لطلاقها ثلاثا لأنه أوحشها بالإبانة فلا تأسف بفوته (انظر: فتح القدير ٤/٣٠٤، دار الكتب العلمية).

[2] - وفي (ن،ع): "يصدق".

فصل

٣٨٨- الأصل فيه أن الحل متى يثبت بين الزوجين يستند العلوق إلى أقرب الأوقات، وهو ستة أشهر، ألا يرى أن من قال: إن تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها ثم ولد له ولد لستة أشهر من يوم تزوجها، يثبت النسب منه وعليه المهر، أما النسب فلأنها فراشه؛ لأن الحل إرث النكاح فثبت به، والطلاق يكون الشرط وكان العلوق قبل الطلاق حكماً فقد جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق فثبت، والتصور ثابت بأن يتزوجها وهو يخالطها، والنسب يحتاط في إثباته، فإذا ثبت النسب يلتزم المهر لا محالة[١].

٣٨٩- أكثر مدة الحمل سنتان لقول عائشة[٢] رضى الله عنها: "الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين، ولو بقدر ظل مغزل"، وإنما قالته سماعاً إذ العقل لا يهتدي إليه[٣].

---

[١] - أنظر للتفصيل: (الهداية٢/٤١٣، باب ثبوت النسب).

[٢] - وفي موسوعة فقه عائشة أم المؤمنين: قالت رضي الله عنها في تفسير قوله تعالى: ﴿الله يعلم ما تحمل كل أنثى وما تغيض الأرحام وما تزداد وكل شيء عنده بمقدار﴾ (الرعد:٨) قالت: تغيض الأرحام تلد لستة أشهر وما تزداد فتلد لعام، وقالت: لا يكون الحمل أكثر من سنتين قدر ما يتحول المغزل" (٢٧٧، مادة: مدة الحمل).

[٣] - أنظر: (الهداية ٢/٤١٣، باب ثبوت النسب).

وأقله ستة أشهر لقوله تعالى: ﴿وحمله وفصاله ثلاثون شهراً﴾[1] ثم قال: ﴿وفصاله في عامين﴾ فبقي للحمل ستة أشهر، وقال الشافعي رحمه الله: أكثره مقدر بأربع سنين.

٣٩٠- ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية إذا جاءت به لسنتين أو أكثر مالم تقر بإنقضاء عدتها، لاحتمال العلوق في العدة لجواز أن تكون ممتدة الطهر. فإن جاءت به لأقل من سنتين بانت من زوجها، وإن جاءت به لأكثر من سنتين يثبت نسبه أيضاً، ويصير[2] رجعة.

٣٩١- والمبتوتة يثبت نسب ولدها إذا جاءت به لأقل من سنتين؛ لأنه يحتمل أن يكون الولد قائماً وقت الطلاق، وإن جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت نسبه؛ لأن الحمل حادث بعد الطلاق فلا يكون منه؛ لأن وطأها حرام، إلا أن يدعيه لاحتمال أنه وطئها بشبهة في العدة.

٣٩٢- ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها ما بين الوفاة وبين السنتين، وقال زفر رحمه الله: إذا جاءت به بعد انقضاء عدة الوفاة لستة

---

[1] - الاحقاف: ١٥.

[2] - قال في الهداية: "وإن جاءت به لأقل من سنتين بانت من زوجها بانقضاء العدة وثبت نسبه لوجود العلوق في النكاح أو في العدة فلا يصير مراجعاً، لأنه يحتمل العلوق قبل الطلاق ويحتمل بعده فلا يصير مراجعاً بالشك وإن جاءت به لأكثر من سنتين كانت رجعة، لأن العلوق بعد الطلاق، والظاهر أنه منه لانتفاء الزنا فيصير بالوطء مراجعاً" (الهداية مع فتح القدير ٣١٨/٤، دار الكتب العلمية).

أشهر لا يثبت النسب؛ لأن الشرع حكم بإنقضاء العدة بالشهور فصار كما لو أقرت بالانقضاء، كما بينا في الصغيرة، إلا أنا نقول لانقضاء عدتها جهة أخرى[1]، وهي: وضع الحمل بخلاف الصغيرة.

٣٩٣- رجل غاب وامرأته تزوجت بزوج آخر وجاءت منه أولاداً يثبت النسب من الأول عند أبي حنيفة رحمه الله، وعند أبي يوسف رحمه الله إن جاءت به لأكثر من ستة أشهر فهو من الثاني، وعند محمد إن جاءت به لأكثر من سنتين فهو من الثاني، ولو كان الزوج الأول حاضراً فهو من الأول بالإجماع، والله أعلم.

---

[1] - حاصله: أن في كل من الحامل والصغيرة أمضينا الحكم على الأصل، ولكن الأصل في الموضعين قد اختلف فلذلك اختلف الحكم الذي بنى عليه أيضاً، وذلك لأن الأصل في الكبيرة الإحبال فلم يعتبر في حقها تعين جهة العدة بالأشهر والأصل في الصغيرة عدم الإحبال فلذلك اعتبرنا في حقها تعيين جهة العدة بالأشهر (العناية مع فتح القدير ٣٢٠/٤، دار الكتب العلمية).

فصل من أحق بالولد

٣٩٤- إذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالأم أحق بالولد، لما روي أن النبي -ﷺ- قال لامرأة: " أنت أحق به ما لم تتزوجي"[١]؛ ولأن الأم أشفق وأقدر على الحضانة فكان الدفع إليها أنظر، وإليه أشار أبوبكر الصديق رضي الله عنه: "ريقها خير له من شهدك يا عمر"[٢] حين وقعت الفرقة بينه وبين امرأته.

---

[١] - حديث: "أنت أحق به ما لم تتزوجي" حسن، أخرجه أبوداود (حديث: ٢٢٧٦)، والبيهقي (حديث ٨/ ٥،٤)، والحاكم (٢/ ٢٠٧)، وأحمد (٢/ ١٨٢) كلهم من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، قال الحاكم: صحيح الإسناد ووافقه الذهبي، وقال الزيلعي: روي أن امرأة قالت: يا رسول الله! إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وحجري له حواء، وثديي له سقاء، وزعم أبوه أنه ينزعه مني، فقال عليه الصلاة والسلام: أنت أحق به مالم تتزوجي، قلت: رواه أبوداود في سننه ورواه الحاكم في المستدرك وصحح إسناده، وأخرجه الدارقطني في سننه (٢٢٠) عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب به الخ (نصب الراية ٣٨٩/٣، دار الكتب العلمية).

[٢] - أثر أبي بكر الصديق: "ريقها خير له من شهدك يا عمر الخ" قال الزيلعي: غريب بهذا اللفظ، وروى عبد الرزاق في مصنفه عن ابن عباس أنه قال: طلق عمر بن الخطاب امرأته الأنصارية أم ابنه عاصم، فلقيها تحمله بمحسر قد فطم ولقيه ومشى، فأخذ بيده لينتزعه منها، ونازعها إياه، حتى أوجع الغلام وبكى، وقال: أنا أحق بابني منك، فاختصما إلى أبي بكر فقضى لها به، وقال: ريحها وحجرها وفراشها خير له منك حتى يشب ويختار لنفسه، (نصب الراية ٣٨٨/٣، ٣٩٨، دار الكتب العلمية).

٣٩٥- فإن كان الصغير رضيعاً فليس على أمه أن ترضعه، وإن وجد من ترضعه بأقل مما ترضعه الأم أو ترضعه بغير شيء لا يدفع إلى الأم، لكن الأجنبية ترضعه عند الأم، بخلاف ما إذا أرضعت الأم بذلك القدر ترضع الأم؛ لأن الأب متعنت.

٣٩٦- وحق الحضانة للأم وقومها من النساء، سواء كانت مسلمة أو كتابية أو مجوسية.

٣٩٧- وإن تزوجت الأم أو ماتت فأم الأم أولى، فإن لم تكن فأم الأب أولى من الأخوات، فإن لم تكن جدة فالأخوات أولى من الخالات والعمات، وفي رواية: الخالة أولى من الأخت لأب، وذو القرابتين منهن أولى من ذي قرابة واحدة.

٣٩٨- وكل من تزوجت من هؤلاء من ذي رحم محرم من الصبي لا يسقط حقها، كالجدة من الأم إذا تزوجت من الجد لأب، والخالة إذا تزوجت من العم أو العمة إذا تزوجت من خال الصبي، وإن تزوجت أجنبياً سقط حقها، ثم إذا ارتفعت الزوجية يعود حقها إليها لزوال المانع.

٣٩٩- والأم والجدة أحق بالغلام حتى يأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده ويستنجي وحده، وقدره الخصاف بسبع سنين[١]. وهما أحق بالجارية حتى تحيض، ومن سواهما أحق بها حتى تبلغ حدا تشتهي،

---

[١] - وفي الهداية: والخصاف قدر الاستغناء بسبع سنين اعتبارا للغالب وقال ابن الهمام: وعليه الفتوى (الهداية مع فتح القدير ٣٣٤/٤، دار الكتب العلمية).

وإنما يدفع إلى الإماء وغيرها من النساء إذا طلبن بخلاف الأب، فإنه يدفع إليه جبراً بعد الاستغناء.

٤٠٠- ولا خيار للغلام والجارية عندنا، وقال الشافعي رحمه الله: لهما الخيار إذا كانا عاقلين؛ لأنه عليه السلام خير بينهما[١]، قلنا: قد قال النبي -ﷺ-: "اللهم إهده" فوفق لاختياره الأنظر ببركة دعائه عليه السلام[٢].

٤٠١- وإذا أراد الزوج أن يخرج بولده الصغير من المصر، ليس له ذلك حتى يبلغ حداً مما ذكرنا، وإذا أرادت المرأة أن تخرج

---

[١] - إشارة إلى رواية أبي هريرة التي رواها أصحاب السنن الأربعة وفيه قال النبي -ﷺ-: هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت فأخذ بيد أمه فانطلقت به، رواه أبوداود في الطلاق (حديث: ٢٢٧٧)، والنسائي في الطلاق (حديث: ٣٢٧١)، والترمذي في الأحكام (حديث: ١٣٥٧)، وابن ماجه في الأحكام (حديث: ٣٢٥١)، والدارمي في الطلاق، وأحمد في المسند (٢/٢٤٦، ٤٤٧) وقال الزيلعي قلت: أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن هلال بن أسامة عن أبي ميمونة سليم، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح، (نصب الراية ٣/٣٩٢-٣٩٣، دار الكتب العلمية).

[٢] - إشارة إلى ما رواه أبو داود (حديث: ٢٢٤٤)، والنسائي (٦/ ١٨٥)، والحاكم (٢/ ٧٢٠٦، ٢٠٧)، والبيهقي (٨/ ٤٠٣)، والدار قطني (٤/ ٤٣، ٤٤) كلهم من حديث رافع بن سنان أنه أسلم، وأبت امرأته أن تسلم، فجاء بابن لهما صغير لم يبلغ فأجلس النبي صلى الله عليه وسلم الأب ههنا، والأم ههنا، ثم خيره، وقال: قال عليه السلام: "اللهم اهده" فذهب إلى أبيه، فوفق لاختيار الأنظر بدعائه عليه السلام، (نصب الراية ٣/٣٩٤، دار الكتب العلمية).

بولدها منه ليس لها ذلك أيضاً لما فيه من الإضرار بالأب إلا أن تخرج إلى وطنها وقد كان الزوج تزوجها فيه؛ لأنه التزم المقام فيه عرفاً[١]، وإن أرادت الخروج إلى غير مصرها[٢] وقد كان التزوج فيه، فقد اختلفت الرواية فيه، والأصح أنها[٣] لا تخرج، هذا إذا كان بين المصرين تفاوت، أما إذا تقاربا بحيث يمكن للأب أن يطالع ولده، ويبيت في بيته فلا بأس به، وكذا الجواب بين القريتين.

ولو انتقلت من قرية إلى المصر لا بأس به؛ لأن فيه نظراً للصغير حيث يتخلق بأخلاق أهل المصر، وفي عكسه[٤] لا يجوز؛ لأنه ضرر للصغير.

---

[١] – قال صاحب العناية: فذلك على أربعة أقسام: إما أن تخرج إلى وطنها وقد وقع العقد فيه وإما أن تخرج إلى ما ليس وطنها ولم يقع فيه العقد، وإما أن تخرج إلى وطنها ولم يقع العقد فيه، وإما أن تخرج إلى غير وطنها وقد وقع العقد فيه، فإن اتفق أمران جميعاً بأن تخرج إلى وطنها وقد وقع العقد فيه جاز وإلا فلا (العناية مع فتح القدير ٣٣٧/٤، كتاب الطلاق فصل وإذا أرادت المطلقة، دار الكتب العلمية).

[٢] – أي إلى مصر غير وطنها.

[٣] – وفي (ن،ع): "أنه".

[٤] – وهو أن ينتقل من المصر إلى القرية لا يجوز، وإن كانت القرية قريبة إلا إذا وقع العقد فيها وهي قريتها فحينئذ لها ذلك، ذكره في شرح الطحاوي، وفي شرح البقالي: ليس لها ذلك بحال وقع العقد هناك أولا، والأول هو المنصوص (فتح القدير ٣٣٩/٤، دار الكتب العلمية).

باب النفقات

٤٠٢- نفقة المرأة واجبة على زوجها حراً كان أو عبداً، والمرأة مسلمة كانت أو كتابية مدخولاً بها أو غير مدخول بها، فقيرةً كانت أو غنيةً، كبيرةً كانت أو صغيرةً يجامع مثلها، وإذا سلمت نفسها إليه في منزله فعليه نفقتها وسكناها وكسوتها لقوله تعالى: ﴿لينفق ذو سعة من سعته﴾[١] ولقوله تعالي: ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾[٢]، ولأن النفقة جزاء الاحتباس كنفقة القاضي والمفتي وغيرهما، وفي المبسوط قال: تجب نفقتها وإن لم تنتقل إلى بيت زوجها.

٤٠٣- وإن امتنعت عن تسليم نفسها حتى يعطيها مهرها فلها النفقة في ظاهر الرواية؟ لأنه منع بحق، أراد به بعد ما انتقلت إلى بيت زوجها، هذا إذا كان مهرها حالاً، وكذا إذا كان مؤجلاً عند أبي يوسف رحمه الله، وعن أبي يوسف رحمه الله في رواية، إن امتنعت عن تسليم نفسها حتى يعطيها مهرها، إن كان قبل الدخول بها لا نفقة لها، أراد به قبل أن تنتقل إلى بيت زوجها.

وإن دخل بها برضاها وهي بالغة عاقلة، ثم منعت نفسها منه، فلها النفقة عند أبي حنيفة رحمه الله[٣]، وإن دخل بها وهي صغيرة أو

---

[١] - الطلاق: ٧.

[٢] - البقرة: ٢٣٣.

[٣] - إن امتنعت المرأة عن تسليم نفسها قبل الدخول أو بعده على قول أبي حنيفة

مكرهة ثم امتنعت عن تسليم نفسها حتى تأخذ مهرها فلها النفقة بالإجماع.

٤٠٤- ولا نفقة للصغيرة التي لا يستمتع بها؛ لأنها غير محبوسة لحق الزوج بخلاف مهرها حيث يطالب وليها؛ لأن المهر بإزاء الملك، والملك ثابت للزوج.

٤٠٥- ولا نفقة للناشزة ولا للمريضة، إذا لم تكن في بيت زوجها بخلاف ما إذا امتنعت من التمكين في بيت زوجها، حيث تجب النفقة؛ لأن الاحتباس قائم، والزوج قادر على الوطء كرهاً، وإذا لم تلتزم المرأة في البيت لا يلزم النفقة؛ لأنها بمنزلة الناشزة.

٤٠٦- والمرأة إذا حبست في دينها إن كانت[1] تقدر على أدائه لا نفقة لها.

٤٠٧- وطريق إيصال النفقة إليها بقدر الإمكان، حتى إن زوجها

فإما أن يكون الامتناع بحق مثل أن تطلب المهر المعجل أولا، فإن كان الأول فلها النفقة لأن كل واحد من المهر والنفقة حق من حقوقها، فمطالبة أحدهما لا يسقط الآخر، وإن كان الثاني فهي ناشزة، لأن الناشزة هي الخارجة من منزل الزوج المانعة منه نفسها وهذه كذلك، وإنما قيل: الخارجة من منزل الــزوج، لأنها إذا كانت ساكنة معه فالظاهر أن الزوج يقدر على تحــصيل المقــصود منها طوعا أو كرها فلا تبطل النفقة، وإذا كانت ناشزة فلا نفقة لها حتى تعود إلى منزله لأن فوت الاحتباس منها، وإذا عادت جاء الاحتباس فتجب النفقــة (العناية مع فتح القدير ٣٤٤/٤، دار الكتب العلمية).

[1] – وفي (م): "كان"، والصحيح ما كتبناه.

صاحب مائدة، ويتمكن مقدار ما يكفيها ليس لها المطالبة بالفرض، فإذا عجز يفرض لها كل يوم ما يكفيها بالمعروف فوق التقدير دون التبذير نظراً للجانبين، وقال الكرخي رحمه الله: يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعي رحمه الله، وقيل: يعتبر حال المرأة، والصحيح يعتبر حالهما[1]، وعلى هذا الفتوى.

وتفسيره: إن كانا موسرين تجب نفقة اليسار، وإن كانا معسرين تجب نفقة الإعسار، وإن كانت معسرة والزوج موسراً تجب نفقة متوسطة، وإن كان الزوج معسراً فنفقة الإعسار، سواء كانت موسرة أو معسرة؛ لأن النظر في حال الزوج أولى، ثم إذا تحول حاله تحول الحكم أيضاً.

ثم الطعام غير مقدر عندنا، وإنما يجب بقدر كفايتها بالمعروف، وذلك يختلف باختلاف الأشخاص والأوقات والأماكن، والفقير لا يقدر عليه كفاية الموسرة فلا معنى لوجوب الزيادة عليه، فلا يقدر تقديراً فيها عندنا.

وقال الشافعي رحمه الله: هو مقدر على الموسع مدان، وعلى المتوسط مد ونصف، وعلى الفقير مد، ولا بد من الخبز والإدام، وأدنى الإدام اللبن والزيت، ولابد من الدقيق والماء والحطب والملح والدهن في البيت.

٤٠٨- فإذا امتنعت من الطبخ والخبز لا يجبر عليها إذا كانت

---

[1] - في (ن،ع): "حالها".

من بنات الأشراف أو كانت بها علة، وإذا كانت المرأة ممن تخدم نفسها، فعليها الطبخ والخبز؛ لأن النبي عليه السلام جعل خدمة داخل البيت على فاطمة رضي الله عنها[1]. فإن امتنعت [خادمها][2] من الطبخ والخبز لا تجب نفقتها عليه؛ لأن نفقتها مقابل بالخدمة.

٤٠٩- أما الكسوة مقدرة بدرعين وخمارين وملحفة في كل سنة، درع صيفي وهو الرقيق، ودرع شتوي وهو الثخين، وخمار من إبريسم وخمار من قز، ولم يذكر السراويل في الصيف ولا بد منه في الشتاء ولم يذكر المعكب والخف؛ لأنه من أسباب الخروج، ولابد من الخف

---

[1] - إشارة إلى ما رواه ابن أبي شيبة في مصنفه، ولفظه: قضى رسول الله -ﷺ- على فاطمة بخدمة البيت وقضى على علي رضي الله عنه بما كان خارج البيت من الخدمة، (مصنف ابن أبي شيبة٢/ ١٣٩، وموسوعة فقه علي للرواس قلعه جي ٢٤١ط: دار النفائس) وقال ابن حجر: وحكى ابن بطال أن بعض الشيوخ قال: لا نعلم في شيء من الآثار أن النبي -ﷺ- قضى على فاطمة بالخدمة الباطنة، وإنما جرى الأمر بينهم على ما تعارفوه من حسن العشرة وجميل الأخلاق، وأما أن تجبر المرأة على شيء من الخدمة فلا أصل له، بل الإجماع منعقد على أن على الزوج مؤنة الزوجة كلها، (فتح الباري لإبن حجر العسقلاني ج٩ ص ٥٠٧).

[2] - ما بين القوسين ساقط من النسخ الثلاث وزدناه تصحيحاً للمسألة ففي الهندية (٥٤٨/١، دار الفكر): "إن امتنعت المرأة عن الطبخ والخبز، إنما يجب على الزوج أن يأتيها بطعام مهيا إذا كانت من بنات الأشراف أو لم تكن من بنات الأشراف لكن بها علة تمنعها من الطبخ والخبز... ثم على ظاهر الرواية فرق بين نفقة المرأة وبين خادمها فإن خادمها إذا امتنعت عن هذه الأعمال لا تستحق النفقة".

لخادمها، ولكن لا يجب الخمار لها.

٤١٠- والكسوة تفرض للمرأة في كل ستة أشهر، ويفرض الطعام في كل شهر، وقيل: إن كان الزوج محترفا يجب يوماً فيوماً وإن كان تاجراً شهراً فشهراً وإن كان دهقانا سنة فسنة.

٤١١- وأما السكنى: فعليه أن يسكنها في دار مفردة بين قوم صالحين ما يكفيها من موضع الوضوء وغيره، وله علو وعليه حائل حتى لا يطلع عليها أحد، وليس فيها أحد من أهله إلا أن تختار بذلك.

٤١٢- ولو غصب داراً فأسكنها فللمرأة أن تمنع نفسها من السكنى، فإذا امتنعت فليست بناشزة، ولو أسكنها في أرض السلطان ليس لها أن تمنع منه.

٤١٣- ولا يمنع الزوج محارمها من الزيارة في كل شهر مرة وعليه الفتوى[١]، وكذا إذا خرجت إليها لزيارتهم.

٤١٤- وإذا مرضت المرأة في منزل الزوج فلها النفقة استحساناً؛ لأن الاستمتاع بها قائم بالاستيناس وحفظ البيت، والمانع بعارض فأشبه الحيض، وعن أبي يوسف رحمه الله هذا إذا سلمت نفسها في منزله ثم مرضت، ولو مرضت ثم سلمت لا تجب النفقة؛ لأن التسليم الموجب للنفقة ما وجد، قالوا: هذا حسن، ولفظ الكتاب[٢] يشير إليها.

---

[١] - وصرح في الهندية: "قال مشايخ بلخ: في كل سنة وعليه الفتوى" (الفتاوى الهندية ١/ ٥٥٨)، وكذا الحكم لو أرادت المرأة أن تخرج لزيارة المحارم كالخالة والعمة والأخت، فهو على هذه الأقاويل، كذا في فتاوى قاضي خان.

[٢] - يعني القدوري وهو قوله: إن مرضت في منزل الزوج، وهو عبارة عن

٤١٥- وإذا عجز عن نفقة امرأته لم يفرق بينهما عندنا، خلافاً للشافعي رحمه الله، ويقال لها: استديني عليه، فالاستدانة نظر للجانبين، ثم الاستدانة إن كان بأمر القاضي فالغريم يرجع على الزوج، وإن كان بغير أمر القاضي لم يرجع عليه[1].

تسليم نفسها صحيحة ثم طرأ المرض، قال ابن الهمام: ولا يخفى أن إشـارة الكتاب هذه مبنية على ما اختاره من عدم وجوب النفقة قبل التسليم في منزله وهو مختار بعض المشايخ ورواية عن أبي يوسف، وليس الفتوى عليه بـل ظاهر الرواية وهو الأصح تعليقها بالعقد الصحيح ما لم يقع نشوز، فالمستحسنون لهذا التفصيل هم المختارون لتلك الرواية عن أبي يوسف **(فتح القدير ٣٤٧/٤، دار الكتب العلمية)**.

[1] - وفي النسخ الثلاث: "عليها" ولعل الصواب ما كتبناه، أي لا يرجع الغريم على الزوج، وفي الهندية: "إن كانت الاستدانة بغير إذن القاضي كانت المطالبة عليها خاصة، ولم يكن للغريم أن يطالب الزوج بما استدانت، وإن كانت بإذن القاضي لها أن تحيل الغريم على الزوج فيطالبه بالدين" **(الفتاوى الهندية ٥٥١/١، دار الفكر)**.

فصل

٤١٦- وإذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة والسكنى لبقاء الاحتباس بعدة، وتجب النفقة للمبتوتة كالمطلقة الرجعية عندنا، وعند الشافعي رحمه الله لا نفقة للمبتوتة كالمتوفى عنها زوجها، إلا إذا كانت حاملاً.

٤١٧- ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها؛ لأن احتباسها في العدة[١] لحق الشرع لا لحق الزوج، ألا ترى أنه لا يشترط فيها[٢] الحيض، والصغيرة والكبيرة والمدخول بها وغير المدخول بها سواء، [وإن][٣] كانت حاملاً اختلف السلف فيه[٤]، فالصحيح أنه لا يجب النفقة.

٤١٨- وإذا طلق الرجل امرأته طلاقاً بائنا أو مات عنها زوجها فجاء رجل في عدتها، وقال: أنفق عليك مادمت في العدة بشرط أن تتزوجي مني فرضيت بذلك، فأنفق عليها حتى انقضت عدتها، يرجع الرجل عليها ما أنفق عليها، تزوجت منه أو لم تتزوج؛ لأن هذا شرط فاسد، وإن أنفق عليها بغير شرط فالصحيح أنه لا يرجع عليها إذا لم

---

[١] - في النسخ الثلاث: "الحدة" وهو خطأ والصحيح ما كتبناه".

[٢] - أي لو لم تحض فيها انقضت العدة ما لم يظهر حبل.

[٣] - ما بين القوسين زدناه تصحيحاً للمتن.

[٤] - قال الماوردي: لا نفقة للمتوفى عنها زوجها حاملاً كانت أو حائلا وبه قـال كثير من الصحابة، وجمهور التابعين والفقهاء، وحكي عن علي وابن عمر أن لها النفقة إذا كانت حاملاً (الحاوي الكبير ٥٢٩/١١، دار الفكر – بيروت).

تتزوج؛ لأنه تبرع.

٤١٩- الأصل في الفرقة أنها إذا جاءت من قبل الزوج بفعل مباح أو محظور تستحق النفقة والسكنى، أما إذا وقعت الفرقة من قبل المرأة بفعل مباح كخيار العتق والبلوغ وعدم الكفاءة كان لها النفقة، وإن وقعت بفعل محظور كالردة، ومطاوعة ابن الزوج لا تجب النفقة.

٤٢٠- رجل كفل للمرأة عن زوجها نفقة كل شهر أبداً ثم طلقها تجب نفقة العدة على الكفيل أيضاً؛ لأن نفقة العدة بمنزلة نفقة النكاح، بخلاف النفقة في النكاح الفاسد.

٤٢١- وإذا مضت المدة في النكاح أو في العدة، والزوج لم ينفق عليها سقطت النفقة التي مضى عليها عندنا، لأنها صلة من وجه وليست بعوض عندنا إلا أن يفرض القاضي فيه، ونفقة الزوجة لا تصير دينا في الذمة عندنا إلا بقضاء القاضي أو بالتراضي، بخلاف نفقة الولد، والوالدين، وذوي الأرحام، لا يصير ديناً بالقضاء؛ لأن نفقتهم تجب كفاية للحاجة، وقد اندفعت بمضي المدة حتى لا تجب نفقتهم مع يسارهم بخلاف نفقة الزوجة حيث تجب مع يسارها.

٤٢٢- امرأة معسرة وزوجها أيضاً معسر ولها ابن موسر وهو ليس منه، فنفقة المرأة على الزوج دون الإبن؛ لأن الزوجية تسقط[١] النفقة عن ذوي الأرحام كنفقة البنت إذا زوجها أبوها سقطت نفقتها عنه إلا أن الابن يؤمر بالإقراض على الزوج لأنه أقرب الناس إليها، فإن امتنع

[١] - وفي (م): "تسقط النفقة دون الأرحام" والصحيح ما كتبناه.

عنه قيل: يفرض عليه النفقة؛ لأن الزوج كالميت.

٤٢٣- رجل زوج بنته من عبده فنفقة البنت على العبد، ونفقة العبد على المولى.

٤٢٤- وإذا مات أحدهما قبل الاستيفاء سقطت[١].

وإن أسلفها نفقة السنة، ثم مات لم يسترجع منها بشيء عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وعند محمد والشافعي رحمهما الله: يحتسب لها نفقة ما مضى ويرجع بما بقي.

٤٢٥- ولو أراد الرجل أن يغيب فأرادت امرأته منه كفيلاً بالنفقة ليس لها ذلك؛ لأنها لم تجب بعد، واستحسن أبو يوسف رحمه الله أخذ الكفيل منه، وعليه الفتوى، فكأنما كفل بما ذاب لها عليه[٢].

٤٢٦- ولو عجل نفقة امرأته وهي لم تنفقه حتى مضت المدة يلزمه نفقة أخرى بخلاف نفقة ذي الرحم المحرم، والله أعلم.

---

[١] - وقال في الهداية: إن مات الزوج بعد ما قضي عليه بالنفقة ومضى شهور سقطت النفقة، وكذا إذا ماتت الزوجة، لأن النفقة صلة والصلات تسقط بالموت كالهبة تبطل قبل القبض، وقال ابن الهمام: والصحيح ما ذكر الحاكم الشهيد أنه إذا كان أمرها بالاستدانة لا تسقط بالموت (الهداية مع فتح القدير ٣٥٤/٤، دار الكتب العلمية).

[٢] - البحر الرائق ١٠٦/١٧ كتاب الكفالة، ورد المحتار ١٠٥/٣ في أخذ المرأة كفيلاً، دار الفكر.

فصل

٤٢٧- وإذا غاب الرجل وله مال في يد رجل يعترف به وبالزوجية فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجة الغائب وأولاده الصغار ووالديه.

وكذا إذا علم القاضي ذلك ولم يعترف الرجل به؛ لأنه لما أقر بالزوجية والوديعة فقد أقر أن حق الأخذ لهم؛ لأن لهم أن يأخذوا حقهم من ماله من غير رضاه؛ لأن نفقة هؤلاء واجبة قبل القضاء، وقضاء القاضي فيه إعانة لهم، وإقرار صاحب اليد مقبول في[1] حق نفسه.

ولو أنكر الرجل أحد الأمرين لم تقبل بينة هؤلاء فيه؛ لأن المودع ليس بخصم في إثبات الزوجية على الغائب، وهو قول أبي حنيفة رحمه الله الآخر، وهو يقول أولاً: يقبل بينهما، أو يفرض لها النفقة، وفي جواز القضاء على الغائب عنه قولان، وكذا إذا كان المال في يد مضاربه، وكذا الجواب في الدين، وهذا كله إذا كان المال من جنس حقهم، كالدراهم والدنانير والطعام والكسوة. أما إذا كان من خلاف جنس حقهم لا يفرض فيه؛ لأنه يحتاج إلى البيع ولا يباع مال الغائب.

وإذا فرض فيما يفرض فيه فيأخذ منهم كفيلاً نظراً للغائب؛ لأنها ربما استوفت النفقة ويحلفها فيه أيضاً بالله ما[2] أعطاها النفقة، ويحتمل

[1] - وفي (م): "وإقرار صاحب اليد مقبول في يده في حق نفسه".

[2] - في (ن،ع): "عما" محل "ما".

أن يطلقها وانقضت عدتها، ولا يقضي بنفقة في مال الغائب إلا لهؤلاء؛ لأن نفقة غير هؤلاء لا تجب إلا بالقضاء، والقضاء على الغائب لا يجوز؛ ولأنه مجتهد فيه[1]، وعمل القضاة على هذا أنه يقضي بنفقة هؤلاء على الغائب للحاجة.

٤٢٨- وإذا كان المال في يد أبويه أو زوجته فأنفقا منه لم يضمنا؛ لأنهما استوفيا حقهما؛ لأنها واجبة قبل القضاء على ما مر.

٤٢٩- ولو كان في يد أجنبي إن أنفق عليهم بغير إذن القاضي ضمن؛ لأنه تصرف في مال الغير بغير إذنه، وهو نائب في الحفظ دون التصرف، فإذا ضمن لا يرجع على القابض[2]؛ لأنه متبرع[3] فيه، وإن أنفق عليهم بإذنه لا يضمن؛ لأن أمر القاضي ملزم لعموم ولايته.

---

[1] - لأن الشافعي لا يوجب النفقة لغير الوالدين والمولودين وقال صاحب العناية: وفيه نظر (العناية مع فتح القدير ٣٦٢/٤، دار الكتب العلمية).

[2] - وفي (ن،ع): "القاضي".

[3] - وفي الهداية: "وإن كان له مال في يد أجنبي فأنفق عليهما (أي الأبوين) بغير إذن القاضي ضمن، لأنه تصرف في مال الغير بغير ولاية، لأنه نائب في الحفظ لا غير ... وإذا ضمن لا يرجع على القابض لأنه ملكه بالضمان فظهر أنه كان متبرعاً به" (الهداية مع فتح القدير ٣٨٤/٤، ٣٨٥، دار الكتب العلمية).

فصل

٤٣٠- ونفقة أولاده الصغار على الأب، الأصل فيه أن نفقة الإنسان في مال نفسه إن كان له مال؛ لأن إيجاب النفقة في ماله أولى من إيجابها في مال الغير صغيراً كان أو كبيراً، وإن لم يكن له مال وهو عاجز عن الكسب يجب في مال من هو أقرب الناس إليه، ولا تسقط بفقره واختلاف دينه؛ لأنه جزءه، وجزء الشيء في معنى نفسه، ولا تجب نفقة الصغار على الجد المعسر كالأخ.

٤٣١- ولا تجب على الفقير نفقة أحد إلا نفقة زوجته وأولاده الصغار، ولا يشاركه فيها أحد كما لا يشاركه في نفقة الزوجة لقوله تعالى: ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾[1] والمولود له هو الأب، فلما وجبت نفقة المرضعات على الأب بسبب[2] الولد فنفقة الولد عليه أولى، وإن كان الصغير رضيعاً فليس على أمه أن ترضعه لما بينا أن الكفاية على الأب. وأجرة الرضاع كالنفقة، ولأنها عسى لا تقدر عليها لعذر بها فلا معنى للجبر عليها، وقيل في تاويل قوله تعالى: ﴿لا تضار والدة بولدها﴾[3] بإلزامها الإرضاع مع كراهتها، وهذا بيان الحكم، وذلك إذا كان يوجد من ترضعه، أما إذا كان لا يوجد يجب على

---

[1] - البقرة: ٢٣٣.

[2] - وفي (ن،ع): "بسبب" ساقط.

[3] - البقرة: ٢٣٣.

الأم الإرضاع صيانة للصبي عن الضياع.

٤٣٢- ولا يجوز استيجار زوجته أو معتدته من طلاق رجعي على إرضاع ولده منها رواية واحدة، وفي المبتوتة روايتان، لأن الإرضاع مستحق عليها ديانة، قال الله تعالى: ﴿والوالدات يرضعن أولادهن﴾[1] إلا أنها عذرت لاحتمال عجزها، فإذا أقدمت عليه بالأجرة ظهرت قدرتها عليه فصار واجباً عليها، فلا يجوز أخذ الأجرة عليه.

٤٣٣- ويجوز أن يستأجرها بعد انقضاء عدتها؛ لأنها صارت كالأجنبية، ولو استأجرها وهي منكوحة أو معتدة لترضع ولده من غيرها جاز؛ لأنه غير مستحق عليها.

٤٣٤- وتجب نفقة الإبنة البالغة الفقيرة والابن الزمن على أبويه أثلاثاً، على الأب الثلثان، وعلى الأم الثلث باعتبار الميراث[2]؛ لأن الأنوثة والزمانة أمارة الحاجة كالصغر؛ لأن الأنثى والزمن عاجزان عن الكسب كالصغيرة، هذا رواية الخصاف والحسن؛ لأنه زالت الولاية عنه، وارتفعت المؤنة فشارك الأم فيها. وفي ظاهر الرواية: كل النفقة على الأب؛ لأنه هو المولود له، وفي غير الولد يعتبر النفقة على قدر الميراث حتى تكون نفقة الصغير على الأم والجد أثلاثاً، والله أعلم.

---

[1] - البقرة: ٢٣٣.

[2] - وفي (ن،ع): "على اعتبار الميراث".

فصل

٤٣٥- وعلى الرجل أن ينفق على أبويه وأجداده وجداته إذا كانوا فقراء، وكان الأب لم يكن كسوباً، وإن كان كسوباً فيه اختلاف، وإن خالفوه في دينه أو أنه غير حربيين[١]، أما الأبوان: فلقوله تعالى: ﴿وصاحبهما في الدنيا معروفا﴾[٢]، فأنزلت هذه الأية في حق الأبوين الكافرين، والمعروف مفسر بأن يطعمهما إذا جاعا ويكسوهما إذا عريا، وليس من المعروف أن يعيش المرأ في نعم الله تعالى ويتركهما يموتان جوعاً.

وأما الأجداد والجدات فإنهم من الآباء والأمهات، والفقر فيهم شرط لما قلنا، والعجز عن الكسب ليس بشرط فيهم، كيلا يلحقهم تعب الكسب، بخلاف الأودلا الكبار، وذوي الرحم المحرم، فالولد الكبير مأمور بدفع الضرر عن الوالدين إلا أن الأب يستحق النفقة على ابنه بمجرد الحاجة، وغيره لا يستحق إلا بالحاجة والعجز عن الكسب.

٤٣٦- وإن كان للفقير أب وابن فنفقته على الابن؛ لأن له شبهة في ماله بالحديث[٣].

---

[١] - وفي الهداية: إلا أنهم إذا كانوا حربيين لا تجب نفقتهم على المسلم وإن كانوا مستأمنين (الهداية مع فتح القدير ٣٧٦/٤، دار الكتب العلمية).

[٢] - لقمان: ١٥.

[٣] - لقوله عليه السلام: "أنت ومالك لأبيك" أخرجه أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بلفظ: "أن رجلاً أتى النبي -ﷺ- فقال: يا رسول الله! إن لي مالاً وولداً، وإن والدي يحتاج مالي، قال: أنت ومالك لوالدك، إن أولادكم من أطيب

وإن كان له أب وابن ابن فنفقته على الأب؛ لأنه أقرب، وإن كان له جد وابن ابن فنفقته عليهما على قدر الميراث، على الجد السدس والباقي على ابن الابن وهي خمسة أسداس.

٤٣٧- والنفقة لكل ذي رحم محرم إذا كان صغيراً فقيراً، أو كانت امرأة[١] بالغة فقيرة، أو كان ذكراً[٢] زمناً أو أعمى؛ لأن الصلة في القرابة القريبة واجبة دون البعيدة، والفاصل بينهما أن يكون ذا رحم محرم، وقد قال الله تعالى: ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾[٣]، وفي قراءة عبد الله بن مسعود رضي الله عنه: "وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك[٤]" ثم لابد من الحاجة، والصغر، والأنوثة، والزمانة، والعمى أمارة الحاجة لتحقق العجز عن الكسب، فإن القادر على الكسب غني بكسبه بخلاف الأبوين لما قلنا.

كسبكم، فكلوا من كسب أولادكم" (حديث: ٣٥٣٠)، وأخرج ابن ماجه (حديث: ٢٢٩٢)، وابن الجارود (حديث: ٩٩٥)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (١٥٨/٤)، وأحمد (١٧٩،٢١٤/٢)، كلهم من حديث عمرو بن شعيب، وقال البوصيري في الزوائد: إسناده صحيح على شرط البخاري ورجاله ثقات (فتح القدير مع الهداية بتحقيق الشيخ غالب المهدي (٣٨٦/٣)، تلخيص الحبير(٩/٤).

١ - وفي (م): "والمرأة" لعل الصواب ما كتبناه كما في الهداية (الهداية مع فتح القدير ٣٧٨/٤، دار الكتب العلمية).

٢ - وفي الهداية: "أو كان ذكراً بالغاً فقيراً زمناً" وهو أوضح (الهداية مع فتح القدير ٣٧٨/٤، دار الكتب العلمية).

٣ - البقرة: ٢٣٣.

٤ - أنظر للتفصيل: فتح القدير والهداية (٣٧٩/٤).

٤٣٨- ويجب [ذلك][1] على مقدار الميراث حتى كانت نفقة الأخ المعسر على الأخوات الموسرات أخماساً[2]، ونفقة ذوي الأرحام تخرّج على هذا عندنا، خلافاً للشافعي رحمه الله.

٤٣٩- وإن كان له خال وابن عم فنفقته على الخال ويحرز ابن عمه ميراثه، وإن كان له عم وعمة أو خال وخالة فالنفقة على العم بالميراث، وإن كان العم معسراً فالنفقة على العمة والخالة أثلاثاً على قدر الميراث، ويجعل العم كالميت.

٤٤٠- وحد اليسار ههنا مقدر بالنصاب الذي يجب به صدقة الفطر، وعن محمد رحمه الله مقدر بما يفضل عن نفقة نفسه وعياله شهراً؛ لأن المعتبر في حقوق العباد إنما هو القدرة دون النصاب، فإنه للتيسير والفتوى على الأول.

٤٤١- ولا يجبر على النفقة إلا لأربعة: للابن الصغير، والبنت البالغة الفقيرة بكراً كانت أو ثيباً، وللزوجة، والمملوك.

والجد الصحيح بمنزلة الأب والجد الفاسد بمنزلة الأخ.

---

[1] - ما بين القوسين زدناه من الهداية (الهداية مع فتح القدير ٣٨٠/٤، دار الكتب العلمية).

[2] - وفي الهداية: "على الأخوات المتفرقات الموسرات أخماساً" وقال ابن الهمام: بأن تكون أخت شقيقة وأخرى لأب وأخرى لأم أخماساً ثلاثة أخماسها على الشقيقة وخمس على التي لأب وخمس على التي لأم، لأن ميراثهن منه كذلك بواسطة الرد عليهن (الهداية مع فتح القدير ٣٨١/٤، دار الكتب العلمية) وبهذا يحصل أخماساً.

٣٤٢- أمة تحت رجل فنفقتها عليه، ونفقة أولادها منه على مولاها؛ لأنه هو المالك.

٤٤٣- ولو كانت حرة تحت العبد فنفقتها على العبد دون نفقة أولاده؛ لأن أولاده أحرار تبعاً للأم، والحر لا يستوجب النفقة على العبد إلا الزوجة.

٤٤٤- عبد بين شريكين فغاب أحدهما فالحاضر يرفع الأمر إلى القاضي فينفقه[١] عليه بأمره ثم يرجع على الغائب بحصته إذا حضر، وكذا لو كان لامرأة ابنان فقضى القاضي عليهما بالنفقة فغاب أحدهما أو امتنع عنها فأنفق الآخر يرجع على أخيه بالنصف.

٤٤٥- عبد صغير أو زمن أو جارية لا يواجر[٢] مثلها، يجبر المولى على البيع إذا امتنع من الإنفاق عليه، ولو أعتقه سقطت النفقة عنه.

٤٤٦- ولا يجبر[٣] على نفقة الدواب إلا أنه يؤمر به ديانة، وقيل: يجبر عليه أيضاً، وهو قول أبي يوسف والشافعي رحمهما الله

---

[١] - وفي (ن،ع): "فنفقته".

[٢] - وفي (ن): "لا يوجر".

[٣] - لأن في الإجبار نوع قضاء والقضاء يعتمد المقضي له ويعتمد أهلية الاستحقاق في المقضي له وليس فليس، لكنه يؤمر به ديانة فيما بينه وبين الله، ويكون آثماً معاقباً بحبسها عن البيع مع عدم الإنفاق (ر: فتح القدير ٣٨٧/٤، دار الكتب العلمية).

تعالى، ولهذا يأثم بترك الإنفاق عليها، للنهي الوارد فيه عن تعذيب[1] الحيوان وإضاعة المال، بخلاف ما إذا امتنع من سقي أرضه وأشجاره.

[1] - لعله إشارة إلى رواية ابن عمر أن النبي -ﷺ- قال: "عذبت إمرأة في هرة أوثقتها فلم تطعمها ولم تسقها ولم تدعها تأكل من خشاش الأرض" صحيح مسلم بشرح النووي (٤٢٠/٨). كذا في البخاري بإختلاف الالفاظ (ر: صحيح البخاري، باب فضل سقي الماء).

كتاب العتاق

٤٤٧- الإعتاق تصرف مندوب إليه، لقوله عليه السلام: "أيما مسلم أعتق مؤمناً أعتق الله تعالى بكل عضو منه عضواً منه من النار حتى الفرج بالفرج[1]"، ولهذا استحسنوا أن يعتق الرجل العبد[2]، والمرأة الأمة ليتحقق مقابلة الأعضاء، وإنه ليس بعبادة وقربة، ولهذا يصح من الكافر، وقد يقع قربة إذا كان لوجه الله تعالى، وقد يقع لمعصية إذا كان للشيطان أو للأصنام، وأما الإعتاق لأجل الصنم والشيطان مكروه[3].

---

[1] - حديث: أيما مسلم أعتق مؤمناً..... الخ أخرجه البخاري في الكفارات والعتق (حديث: ٢٥١٧، ٦٧١٥)، ومسلم في العتق (حديث: ١٥٠٩)، والترمذي (حديث: ١٥٤١)، وابن الجارود حديث (٩٦٨،) والبيهقي (٢٧١/١٠)، كلهم من حديث أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أيما امرئ مسلم أعتق امرأ مسلما استنقذ الله بكل عضو منه عضوا منه من النار"، وقال الزيلعي: قلت أخرجه الأئمة الستة في كتبهم عن سعيد بن مرجانة عن أبي هريرة، وفي لفظ: من أعتق رقبة مؤمنة أعتق الله بكل عضو منها عضواً من أعضائه من النار حتى الفرج بالفرج، (نصب الراية ٤١٠/٣، دار الكتب العلمية).

[2] - وفي (ن،ع): "أن يعتق الرجل والمرأة".

[3] - بل الأولى أن يقال: حرام بل كفر، لأن تعظيمهما دليل الكفر الباطن كالسجود للصنم ولو هزلاً فيحكم بكفره، وهذا كله إذا لم يقصد التقرب والعبادة وإلا

٤٤٨- الحرية في اللغة عبارة عن الخلوص، يقال: طين حرّ أي يابس، وحكم الإعتاق والتحرير إثبات الحرية.

٤٤٩- والعتق في الشريعة: عبارة عن القوة الحكمية التي تظهر في بني آدم، حتى يصير مالكاً وقادراً على الإعتاق، ويدفع تصرف الغير عن نفسه لزوال الضعف الحكمي، وهو الرق يصير به خالصاً لنفسه أو خالصاً لله تعالى.

٤٥٠- وشرطه كون المحل مملوكاً من بني آدم، والأصل في بني آدم إنما هو الحرية اعتباراً بأصلهم، وجعلهم الله تعالى مبتذِلاً لا مبتذَلاً، وإنما جعل الله تعالى الكفار تحت أيدي المسلمين جزاء استنكافهم عن عبادة الله عقوبة عليهم، فسلب منهم القوة الحكمية وهو الحرية، ووضع عليهم الضعف الحكمي وهو الرق وهو أثر الكفر.

٤٥١- والرق حق الشرع، والملك حق العبد، وهو غير الرق كالحياة فيه، وبه يصير المرأ محلاً لتملك الغير.

٤٥٢- أما العتق والإعتاق في اللغة عبارة عن القوة يقال: عتق الطير إذا قوي وطار عن وكره.

وفي الشريعة: عبارة عن القوة الحكمية التي تظهر في الآدمي أيضاً، وبها يصير المرء أهلاً للمالكية والقضاء والولاية والشهادة ونفاذ التصرف، ويدفع تصرف الغير عن نفسه بعد أن كان محلاً لتملك الغير

فهو كفر بلا شبهة سواء كان لفلان أو للشيطان (انظر رد المحتار مع الدر المختار ٣/٦٤٠، كتاب الإعتاق).

ونفاذ تصرفه عليه، وكان كالحيوان والمال[1]، فلما زال المالك ملكه زال الرق فثبت به القوة الحكمية ويعود إلى أصل الحرية، وإثبات هذه القوة الحكمية يسمى إعتاقاً وتحريراً، وهو كإحياء الميت من وجه.

٤٥٣- وكون المعتِق مالكاً وأهلاً للعتق شرط في صحة العتق، وكذا كون المعتَق محلاً للعتق وقابلاً له شرط.

٤٥٤- ثم العتق يثبت بالصريح مثل قوله: أنت حر وأعتقتك، والكناية مثل قوله: لا سبيل لي عليك وما أشبه. فالصريح لا يحتاج إلى النية، والكناية يحتاج إليها، كما لو قال: أنت حر من عمل كذا، لا يعتق في القضاء، ولو قال: وهبت لك نفسك عتق، نوى أو لم ينو، قبل العبد أو رده، فكذا لو قال: بعت نفسك منك؛ لأن بيع العبد من نفسه إعتاق؛ لأن شراء العبد نفسه قبول الإعتاق منه ببدل إذ لا يملك نفسه.

٤٥٥- ولو أعتق عبده على خدمة سنة، فقبل العبد ومات المولى قبل الخدمة فعليه [قيمة][2] نفسه عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وقال محمد وزفر رحمهما الله: عليه قيمة خدمة سنة، كمن باع عبداً بجارية فاستحقت الجارية يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما وعند محمد وزفر يرجع بقيمة الجارية، وموت المولى بمنزلة استحقاق الجارية في الخدمة.

٤٥٦- ولو قال: فرجك حر يعتق؛ لأنه يعبر به عن جميع البدن،

---

[1] - "والمال" ساقط في (ن،ع).

[2] - وفي (م): "خدمة" والصواب ما كتبناه (انظر: الجوهرة النيرة، كتاب العتق).

ولو قال: ذكرك حر لا يعتق في ظاهر الرواية.

٤٥٧- ولو قال: هذا ابني[١] وثبت على ذلك، وهو يولد مثله لمثله، وليس له نسب معروف يعتق، وإن قال: هذا مولاي أو يامولاي يعتق في القضاء؛ لأن المولى وإن كان محتملاً لمعان إلا أنه لما استعمله في عبده لم يحتمل إلا الذي أثر عليه بالعتق، فهو صريح في إيقاع، وقال زفر في يامولاي: لا يعتق[٢].

٤٥٨- رجل بعث غلامه إلى بلده، وقال له: إذا استقبلك أحد فقل: أنا حر، إن قال المولى حين بعثه سميتك حراً، لا يعتق إن قال له وإلا فيعتق قضاء[٣].

---

[١] - وفي البحر: ولو قال لمملوكه: هذا ابني فهو على وجهين: إما أن كان يصلح ابناً له بأن كان مثله يولد لمثله أولا، وكل منهما إما أن يكون مجهول النسب أو معروفه، فإن كان يصلح ابناً له وهو مجهول النسب ثبت النسب والعتق بالإجماع، وإن كان معروف النسب من الغير لا يثبت النسب بلا شك ولكن يثبت العتق عندنا، وإن كان لا يصلح ابناً له لا يثبت النسب بلا شك، وهل يعتق؟ قال أبو حنيفة رحمه الله: يعتق سواء كان مجهول النسب أو معروفه، وقالا: لا يعتق (ر: ٤/ ٣٢٣).

[٢] - وفي الفتح: واعلم أن في المسئلة خلافاً، ذهب بعض المشايخ إلى أنه لا يعتق في "هذا مولاي" إلا بالنية، وأنه بين الصريح والكناية ...، وقال زفر: لا يعتق في "يا مولاي" إلا بالنية، وهو قول الشافعي ومالك وأحمد؛ لأنه يراد به الإكرام، وفيه بحث نفيس فليراجع: (فتح القدير ٣٩٨/٤، دار الكتب العلمية).

[٣] - وفي المجتبى بعث غلامه إلى بلد فقال: إذ استقبلك أحد فقل: إني حر ففعل عتق، أو بعثه مع جماعة فقال لهم: من سأل عنه عاشر أو غيره فقولوا له: إنه

٤٥٩- ولو قال: أهل بغداد، أو قال: عبيد بغداد أحرار، وعبده من أهل بغداد لا يعتق ما لم ينو عند أبي يوسف رحمه الله، خلافاً لمحمد رحمه الله تعالى، وكذا الحكم في الطلاق، والفتوى على قول أبي يوسف رحمه الله[1]، وكذا لو قال: كل عبد في هذه السكة أو في الجامع حر، وعبده فيه، أو قال: كل عبد في أرض أو في الدنيا.

٤٦٠- ولو قال: كل عبد في هذه الدار فهو حر، وعبده فيها عتق بالاتفاق، ولو قال لعبده: قد أعتقك الله عتق وإن لم ينو، هو المختار.

٤٦١- ولو قيل له: أعتقت هذا العبد؟ وأومى برأسه بنعم، لا يعتق؛ لأنه قادر على العبارة فلا تقوم الإشارة مقامها بخلاف النسب.

٤٦٢- رجل أمر عبده بشيء فامتنع منه فقال: ما أنت إلا حر[2]

حر، ففعلوا عتق، ولو كان المولى قال لهم: سميته حراً فقولوا له: إنه حر فقالوا: لا يعتق، وبه علم أنه إذا سماه حرا لا يعتق بالإخبار أيضاً (ر:٤/ ٢٢٥).

[1]- اختلف المتقدمون والمتأخرون في هذه المسئلة، أما المتقدمون فقال أبويوسف في نوادره: لا يعتق، وقال محمد في نوادر ابن سماعة: يعتق، وأما المتاخرون، فقال عصام بن يوسف: لا يعتق، وقال شداد: يعتق، قال الصدر الشهيد: المختار للفتوى قول عصام (ر: البحر الرائق ٤/٢٢١)، أي إن لم يقل له المولى ذلك يعتق قضاء لا ديانة.

[2]- كذا في النسخ الثلاث لكن وجدت خلافه في الهداية: قال: "ولو قال: ما أنت إلا حر عتق، لأن الاستثناء من النفي إثبات على وجه التأكيد، كما في كلمة الشهادة" (ر: الهداية مع فتح القدير ٥/٤٠٥).

لا يعتق، ولو قال لعبده: أنت لله، لا يعتق عند أبي حنيفة رحمه الله وإن نوى، خلافاً لمحمد رحمه الله، وقيل: خلافاً لأبي يوسف رحمه الله، ولو قال: أنت عبد الله لا يعتق بالإجماع.

٤٦٣- ولو قال لغيره: أليس هذا حر، وأشار إلى عبده عتق في القضاء، ولو قال لعبده: نسبك[١] حر، أو أصلك حر، إن علم أنه سبي لا يعتق، وإلا فيعتق[٢]، ولو قال لامرأته: أمرك في جاريتي جائز فاعتقتها عتقت.

٤٦٤- ولو قال: كل عبد لي حر لا يعتق العبد المشترك، ويعتق عبد عبيده.

٤٦٥- ولو قال: كل مملوك أملكه أو كل مملوك لي حر بعد موتي، وله مملوك فاشترى آخر، فالذي عنده صار مدبراً[٣]، والذي اشترى ليس بمدبر، ولو مات عتقا من الثلث؛ لأنه إيجاب عتق، وأيضاً: وقال أبو يوسف رحمه الله: لا يعتق المشترى بعد الحلف، لأن اللفظ

---

[١] - انظر للتفصيل: (البحر : ٤/ ٢٢١).

[٢] - أي إن لم يعلم أنه سبي فهو حر، كذا في البحر، وهذا دليل على أن أهل الحرب أحرار كذالك صرح ابن نجيم (ر: ٤/ ١٢٢١).

[٣] - أي مطلقاً لا يصح بيعه بعد هذا القول، والذي اشتراه ليس بمدبر مطلق بل مدبر مقيد حتى جاز بيعه، ولو لم يبعه حتى مات عتقا جميعاً من الثلث إن خرجا منه عتق جميع كل منهما، وإن ضاق عنهما يضرب كل منهما بقيمته فيه وهذا ظاهر المذهب (فتح القدير ٤/٤٦٧، دار الكتب العلمية).

حقيقة للحال[1]، وعلى هذا لو قال: كل مملوك لي إذا مت فهو حر.

٤٦٦- ولو قال: كل عبد اشتريته إلى سنة فهو حر فاشترى عبداً عتق في الحال.

٤٦٧- ولو قال: كل مملوك لي فهو حر يعتق الذكر والأنثى والحمل تبعاً لأمه، ولو قال: كل مملوك لي ذكر فهو حر، وله جارية حامل فولدت ذكراً لا يعتق؛ لأن المملوك يتناول المطلق، والجنين مملوك تبعاً لأمه، أو اللفظ يتناول النفس دون العضو، والجنين عضو من وجه، ولهذا يجوز[2] بيعه مفرداً.

٤٦٨- ولو قال: رأسك حر يعتق[3]، ولو قال: رأسك رأس حر أو بدنك بدن حر لا يعتق[4]، ولو قال لعبده: ابنك حر عتق الابن دون الأب، ولو قال: ابنك ابن حر عتق الأب دون الابن.

---

[1] - أي أن المضارع للحال، وكذا الوصف فلا يعتق به ما سيملكه، ولهذا صار به الكائن في ملكه حال التكلم مدبرا في الحال دون الآخر (ر: فتح القدير ٤٦٧/٤، دار الكتب العلمية).

[2] - كذا في النسخ الثلاث: "يجوز بيعه" ولعل كلمة "لا" ساقط، قال صاحب الهداية: "والجنين مملوك تبعاً للأم لا مقصوداً، ولأنه عضو من وجه واسم المملوك يتناول الأنفس دون الأعضاء، ولهذا لا يملك بيعه منفرداً" (الهداية مع فتح القدير ٤٦٦/٤، دار الكتب العلمية).

[3] - كذا في البحر (٤/ ٢٢٢).

[4] - وفي (ن،ع): وقال: رأسك رأس حر عتق الابن دون الأب، انظر للتفصيل: (الهداية ٤٤٧/٤).

٤٦٩- ولو قال لعبده: "يا آزاد مرد"[1] فالمختار أنــه إن نــوى الإعتاق يعتق وإلا فلا.

٤٧٠- ولو هجا لفظ العتق إن نوى عتق، وكذا لفظ الطلاق.

٤٧١- ولو قال لعبده إذهب حيث[2] شئت، لا يعتق وإن نوى[3].

٤٧٢- ولو قال لأمته: أنت طالق أو بائن إن نوى به العتــق لا تعتق عندنا؛ لأن الطلاق رفع القيد والإعتاق إثبات القــوة، ولا مناســبة بينهما بخلاف صريح العتاق يصلح مجازاً عن الطلاق [فإن ملك اليمين أقوى من ملك النكاح، فإنه يصلح مجازاً عن الطلاق][4].

---

[1] - وفي الهداية: ولو ناداه بالفارسية: يا آزاد وقد لقبه بالحر قالوا: يعتق، وكذا عكسه، وفي الفتح قيد الحرية والعتق بالتلقيب مع الحر أو آزاد فينبغي أن يقال: ولو ناداه بالفارسية ياآزاد وقد لقبه بالحر قالوا: يعتق، وكذا عكسه، كذا في الهداية، وهذا لأنه ليس بنداء باسم علمه فيعتبر إخبارا عن الوصف المذكور، فإن قوله: يا حر أو آزاد يتضمن معنى يا من اتصف بالحرية، فثبتت الحرية شرعا تصحيحا لكلامه، وهذا يفيد أن ثبوتها اقتضاء تصحيحاً لإخباره الضمني (ر: الهداية مع الفتح ٣٩٤/٤، دار الكتب العلمية).

[2] - وفي (ن،ع): "حيث" ساقط.

[3] - كذا في البحر (ر:٢٢٧/٤).

[4] - زيد في (ن،ع): "فإن ملك اليمين أقوى من ملك النكاح، فإنه يصلح مجازاً عن الطلاق"، وفي الهداية: لأن ملك اليمين فوق ملك النكاح فكان إسقاطه أقوى، واللفظ يصلح مجازا عما هو دون حقيقته لا عما هو فوقه (الهداية مع فتح القدير ٤٠٤/٤، دار الكتب العلمية). وفي البحر: "وحاصله أنه يستعار الفاظ العتق للطلاق دون عكسه بناء على ما في الأصول من جواز استعماله السبب

٤٧٣- ولو قال: إن اشتريت عبداً فإنه حر فاشترى عبداً بشراء فاسد لا يعتق، ولكن انحلت اليمين لا إلى جزاء، حتى لو اشتراه بشراء صحيح، أو اشترى عبداً لآخر لا يعتق أيضاً.

٤٧٤- ولو قال لعبده: إن شتمتك فأنت حر فلعنه لا يعتق؛ لأنه دعا عليه وليس بشتم، وكذا قوله: لا بارك الله فيك.

٤٧٥- مسلم خرج من دار الحرب إلى دار الإسلام، وخرج معه حربي لا يصير عبداً له، ولو أخرجه مكرها يكون عبداً له.

٤٧٦- عبد أخذه الكفار وأدخلوه في دار الحرب ثم هرب منهم عتق؛ لأنهم ملكوه بإحراز دارهم.

٤٧٧- ولو أعتق المولى بعض عبده عتق ذلك البعض، ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: يعتق كله، والأصل فيه أن الإعتاق يتجزأ عنده فيقتصر على ما أعتق، وعندهما لا يتجزأ، وهو قول الشافعي. وكذا التدبير والاستيلاد والكتابة، لأبي حنيفة قوله عليه السلام: "من أعتق شقصاً من عبد[1]، عتق ما عتق ورق ما رق". وفي

للمسبب دون عكسه إلا أن يختص المسبب بالسبب فكا لمعلول فيصح استعارة كل منهما للآخر فشمل صريح الطلاق وكناياته فلا يقع بها العتق أصلاً، وفي رواية عن أبي يوسف أنه يقع بقوله لأمته: طلقتك ناوياً عن العتق كما في المجتبى" (ر: البحر الرائق ٢٤٦/٤، دار المعرفة).

[1] - حديث: من أعتق شقصا من عبد.....، صحيح أخرجه البخاري في الشركة (حديث: ٢٤٩، ٢٥٢٧)، ومسلم (حديث: ١٥٠٣)، وأبوداؤ (حديث: ٣٩٣٨، ٣٩٣٩)، والترمذي (حديث: ١٣٤٨)، وابن ماجه (حديث: ٢٥٢٧)، وأحمد

بعضها كلف عتق بعضه بقيمته أي إعتاق بعضه؛ لأن العتق حق الشرع فلا يكلف، فالحاصل أن الإعتاق إزالة الملك عنده والملك حقه؛ لأن الحكم يثبت بقدر السبب، والتصرف والرق حق الشرع، وهو لا يتجزأ زوالاً وثبوتاً، والمحل في حق زوال الملك يقبل التجزي كالبيع والهبة، بخلاف الطلاق والعفو عن القصاص، ولهما قوله عليه السلام: "من أعتق شقصاً من عبد عتق كله[1]"؛ ولأن الإعتاق إثبات العتق وإزالة

(٢٥٥/٢)، من عدة طرق كلهم من حديث أبي هريرة، وقال الزيلعي: قلت: أخرجه الأئمة الستة عن سعيد بن أبي عروبة عن قتادة عن النضر بن أنس عن بشر بن نهيك عن أبي هريرة قال: قال رسول الله -ﷺ-: "من أعتق شقصاً له في عبد، فخلاصه في ماله إن كان له مال، فإن لم يكن له مال استسعى العبد غير مشقوق عليه" (نصب الراية ٤٢٠/٣، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان).

[1] - أخرجه البخاري (حديث: ٢٥٢٤)، من حديث ابن عمر بلفظ: "من أعتق نصيباً له في مملوك أو شركا له في عبد فكان له من المال ما يبلغ قيمته بقيمة عدل فهو عتيق" وفي رواية: "فقد عتق كله" وهذه الزيادة عند الطحاوي في معاني الآثار (١٠٦/٣)، من طريق الليث عن نافع عن ابن عمر مرفوعاً، وفيه" فعليه عتقه كله" ورواية من طريق عبيد الله وآخره: "فعليه عتقه كله" وقال ابن حجر في الفتح (١٥٥/٥)، وهذه الزيادة وصلها أبو نعيم في مستخرجه على مسلم وآخره: "فقد عتقه كله" (فتح القدير بتحقيق الشيخ غالب المهدي ٤١٨/٤، دار الكتب العلمية)، رواه مسلم في العتق (حديث: ٤٧، ٤٩، ٥٠) وأبوداود في العتق (حديث: ٣٩٤٠)، والترمذي في الأحكام، والنسائي (حديث: ٤٣٨١)، وابن ماجه (حديث: ٢٥٢٨).

الرق، وهما لا يتجزآن[1]، فكذا الإعتاق كالطلاق والعفو عن القصاص، وإذا تجزأ العتق عنده له ولاية الإعتاق في باقيه، ولشريكه ولاية التضمين إذا كان موسراً، وله ولشريكه ولاية الاستسعاء، سواء كان المعتق موسراً أو معسراً عنده؛ لأن يسار المعتق يمنع وجوب السعاية عنده، والمستسعى كالمكاتب عنده، إلا أن المكاتب إذا عجز يرد إلى الرق والمستسعى لا يرد.

٤٧٨- عبد أعطى لرجل مالا وقال: اشترني من مولاي فأعتقني ففعل، فالعتق جائز، وعليه ثمن آخر إن أضاف الشراء إلى نفسه، وإن أضافه إلى العبد يقع العتق عن المولى والولاء له؛ لأن بيع العبد من نفسه إعتاق من المولى، وشراء العبد نفسه قبول الإعتاق منه ببدل، ومثل هذا يجيء في كتاب الوكالة.

٤٧٩- ومن أعتق عبده وفي يده مال فالمال للمولى إلا الثياب التي عليه.

٤٨٠- ومن أعتق جارية حاملاً عتقت وعتق حملها تبعاً لها، وإن أعتق الحمل عتق خاصة، وعتق الحمل صحيح بخلاف بيعه وهبته.

٤٨١- ومن أعتق جاريته على أن يتزوجها فقبلت الجارية

---

[1] - وفي الهداية: لهم أن الإعتاق إثبات العتق الذي هو قوة حكمية، وإثباتها بإزالة ضدها الذي هو الرق وقال ابن الهمام: لأن المحل لا يخلو عن أحدهما، فإزالة أحدهما توجب إثبات الآخر وهما لا يتجزآن بالاتفاق، فكذلك الإعتاق وإلا لزم تخلف المعلول عن العلة أو تجزي العتق (الهداية مع فتح القدير ٤١٧/٤، دار الكتب العلمية).

عتقت، ثم أبت أن تتزوجه فعليها السعاية، وفي أم الولد في هذه المسئلة اختلاف في السعاية.

ولو قال لآخر: أعتق أمتك على ألف درهم على أن يتزوجها ففعل فأبت أن تتزوجه فالعتق يقع عن المأمور، ولا شيء على الآمر، بخلاف ما إذا قال لآخر: طلق امرأتك على ألف درهم ففعل يجب الألف على الآمر؛ لأن اشتراط بدل على الأجنبي يجوز في الطلاق ولا يجوز في العتاق.

٤٨٢- سكوت العبد حالة البيع لا يكون إقراراً منه بالرق، وسكوته حال قبض المشتري يكون إقرارا منه.

فصل

٤٨٣- وإذا اشترى ذا رحم محرم منه عتق، وهذا لفظ الحديث[١] وبعمومه ينتظم كل قرابة مؤبدة بالمحرمية، ولادا كان أو غير ولاد، والشافعي رحمه الله يخالفنا في غير الولاد، ولا فرق بين كون المالك مسلماً أو كافراً في دار الإسلام، وبين كونه عاقلاً أو صبيا أو مجنوناً لإطلاق النص، وللقرابة المؤبدة تاثير في استحقاق صلة الرحم، وفي إعتاقه صلة، وفي استرقاقه قطيعة، والشراء فيه سبب ثبوت الملك للمشتري، والملك سبب ثبوت العتق فيه، وسبب العتق فيه الملك مع القرابة المحرمية من النسب، حتى لو ملك ابنة عمه وهي أخته من الرضاع لا تعتق عليه؛ لأن المحرمية ما تثبت بالقرابة، وكذا إذا اشترى أخاه أو أخته من الزنا لا تعتق عليه[٢].

٤٨٤- وإن اشترى الزاني ولده من الزنا لا يثبت النسب منه[٣]، ولكن يعتق عليه؛ لأنه ملك جزئه حقيقة.

٤٨٥- وولد الأمة من مولاها حر إذا ادعاه باعتبار مائه لعدم

---

[١] - لم يرد الحديث بهذه الألفاظ، ولفظ الحديث: "من ملك ذا رحم محرم فهو حر" أخرجه أبوداود(٤/ ٢٦ باب فيمن ملك ذا رحم محرم، رقم الحديث: ٣٩٤٩)، والترمذي (باب ما جاء فيمن ملك ذا رحم محرم، رقم: ١٣٦٥)، وقال الترمذي هذا حديث لا نعرفه مسنداً، إلا من حديث حماد بن سلمة.

[٢] - وفي (ن،ع): " لا يعتق عليه".

[٣] - وفي (ن،ع): "منه" ساقط.

المعارض، وولدها من زوجها مملوك لسيدها ترجيحاً لمائها؛ لأن ماءه مستهلك بماءها، بخلاف ولد المغرور، فإن المشتري ما رضي برق جزئه والزوج قد رضي به، وولد الحرة حر على كل حال؛ لأن جانبها راجح، وولد أم الولد والمكاتب على صفة أمه، والله أعلم.

فصل في التدبير

٤٨٦- التدبير تعليق العتق بالموت، فينبغي أن لا يصح أصلاً لانعدام أهليته بالموت، إلا أنه يصح؛ لأنه تعليق العتق بأمر كائن وهو الموت، فصار عقداً لازماً، ولهذا لا يصح[١] رجوعه عنه لما أنه سبب في الحال حكماً بخلاف سائر التعليقات بالشروط، وهي على خطر الوجود فلا يكون سبباً في الحال عندنا، وإنما يصير سبباً عند وجود الشرط. فأما التدبير فلا يكون سبباً عند وجود الشرط فلا بد من أن يكون سبباً قبله، فإذا صح يكون سبباً قبله فلا يجوز بيع المدبر المطلق عندنا، خلافاً للشافعي رحمه الله، بخلاف سائر التعليقات بالشرط؛ لأن المعلق بالشرط يترك عند وجود الشرط فيكون عدماً قبله، إلا أن هنا أنه لا يجوز بيعه بالنص الوارد فيه أيضاً.

٤٨٧- أما لو علقه على ما مر على خطر الوجود فهو كسائر التعليقات بالشروط فيجوز بيعه، نحو أن يقول[٢]: إن مت في سفري هذا، أو من مرضي هذا، فأنت حر فليس بمدبر.

---

[١] - وفي (م): "يصح".

[٢] - أي يعلق عتقه بموته على صفة لا بمطلقة كتقييده بموته في سفر أو مرض مخصوص أو بمدة معينة يعيشان إلى مثلها أو بزيادة شيء بعد موت المولى كقوله: إذا مت وغسلت، أو كفنت ودفنت فأنت حر فيعتق إذا مات استحساناً من الثلث (البحر الرائق ٢٩٠/٤، دار المعرفة).

وكذا لو قال: إن مت إلى سنة أو إلى مائة سنة فأنت حر؛ لأن الموت على هذه الصفة التي وصفها ليس بكائن لا محالة، فإن مات على الصفة التي ذكرها يعتق كما يعتق المدبر، معناه يعتق من الثلث؛ لأنه يثبت حكم التدبير في آخر جزء من أجزاء حياته لتحقق تلك الصفة فيه، وإذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله[1]؛ لأنه وصية، وإن لم يخرج عتق ثلثه، ويسعى في ثلثي قيمته؛ لأن بالتدبير فات بيعه وبقي الاستخدام، وقضى دينه بعد موته، يعني إن كان على المولى دين يسعى في جميع قيمته؛ لأن الدين مقدم على الوصية، ولا يمكن نقض العتق حقيقة فيجب نقضه معنى بإيجاب القيمة.

٤٨٨- ويصح تدبير ما في البطن كالإعتاق، إذا وضع لأقل من ستة أشهر، وقبل الوضع لا يجوز بيع أمه حتى تضعه، وإن قال: إن مت فأنت مدبر على ألف، قال أبو حنيفة رحمه الله: يجوز بيعه قبل العبد ذلك أو لم يقبل.

٤٨٩- ولو قال: إذا مت فأنت حر على درهم فالقبول بعد الموت، فإذا قبل لا يعتق حتى تعتقه[2] الورثة، وولد المدبر والمدبرة مدبر، أما ولد المدبرة تبعاً لأمه، وأما ولد المدبر بإجماع الصحابة رضي الله عنهم؛ لأن التدبير وصف لازم فيتعدى إليه كولد المكاتب.

---

[1] - زيد في (ن،ع): "إن خرج من الثلث".

[2] - وفي (ن،ع): "يعتقه".

فصل في الاستيلاد

٤٩٠- وإذا ولدت الأمة من مولاها فقد صارت أم ولد له، لا يجوز بيعها ولا تمليكها، لقوله عليه السلام: "أعتقها ولدها[١] " فلا بد من الدعوة في ولد الأمة، بخلاف ولد المنكوحة. وكذا إذا أقر بولدها سواء كان الولد حياً أو ميتاً أو سقطاً وقد استبان بعض خلقه، ثم ولدت منه ولداً آخر ثبت منه بلا دعوة، كولد المنكوحة، إلا إذا نفاه ينتفي كولد الأمة؛ لأن فراشها وسط يشبه المنكوحة من وجه ويشبه الأمة من وجه.

ولو حرمت عليه بسبب بأن وطيها أبوه أو وطي هو أمها لا يثبت النسب بعد إلا بالدعوة؛ لأن الفراش قد انقطع به وهو الحل.

٤٩١- الأصل في أمية الولد الولد فإذا ثبت حقيقة العتق في

---

[١] - حديث: "أعتقها ولدها" رواه ابن ماجه في العتق (حديث: ٢٥١٦)، والحاكم في المستدرك (١٩/٢)، والدارقطني في سننه (٤/ ١٣٢)، وقال الزيلعي: قلت: رواه ابن ماجه في سننه في كتاب الأحكام من حديث أبي بكر النهشلي عن حسين بن عبد الله بن عبيد الله بن عباس عن عكرمة عن ابن عباس قال: ذكرت أم إبراهيم عند رسول الله -ﷺ-، فقال: "أعتقها ولدها" ورواه الحاكم في المستدرك في البيوع وسكت عنه إلا أنه قال: عن أبي بكر بن أبي سبرة، والحديث معلول بابن أبي سبرة وحسين فإنهما ضعيفان، ورواه ابن عدي في "الكامل" بسند ابن ماجه، وأعله بأبي بكر بن أبي سبرة، وقال: إنه في جملة من يضع الحديث، انظر للتفصيل: نصب الراية (٥٣٥/٣، ٤٣٧، دار الكتب العلمية).

الولد يثبت حق العتق[1] في أمه، وهو حرمة البيع، لأنها تستفيد هذا من جهته، وهي تبع له في ثبوت هذا الحق؛ لأن النبي -ﷺ- أضاف العتق فيها إليه.

٤٩٢- وإذا مات المولى عتقت من جميع المال ولم يلزمها السعاية، وإن كان على المولى دين؛ لأن حقيقة العتق فيها كانت معلقة بالموت، ولأن حاجته إلى تحصيل الولد حاجة أصلية فتقدم على حق الورثة.

٤٩٣- وإذا أراد أن يطأ أمته ولا تصير[2] أم ولد له فإنه يبيعها من ابنه الصغير ثم يتزوجها لا تصير أم ولد له وأولاده منها أحرار.

٤٩٤- رجل له أمة فوطيها إن حصّنها ولم يعزل عنها فجاءت بولد له أن يعترف به ديانة ولا يسعه النفي؛ لأن الظاهر أنه يشهد منه، وإن عزل عنها أو لم يحصنها أو أكثر ظنه أنه ليس منه، فهو في سعة، إن شاء ينفيه وإن شاء يدعيه؛ لأنه يمكن قد عزله من الفرج الخارج ويظن أنه لا يدخل، وقد كان دخل أو عزل في الخارج ثم عاد فجامع أو جامع قبل أن يبول ويحتمل أن تحبل ببقاء الماء الذي بقي في ذكره، وقال أبو يوسف رحمه الله: أحب إليّ أن يدعيه، وقال محمد: أحب إليّ أن يعتق الولد ويستمتع بها ويعلق عتقها بموته.

٤٩٥- ولو استولد أمة غيره بنكاح ثم ملكها صارت أم ولد له،

---

[1] - وفي (م): " حق العبد" والصحيح ما في المتن.

[2] - وفي (ن،ع: "يصير".

خلافاً للشافعي رحمه الله، ولو استولدها بملك يمين ثم استحقت الجارية بطلت أمية الولد، والولد حر بالقيمة بإجماع الصحابة رضي الله عنهم، ثم إذا ملكها تصير أم ولد عندنا خلافاً له.

٤٩٦- ولو زنا بالجارية فجاءت بولد ثم اشتراها لا تصير أم ولد له؛ لأن أمية[١] الولد باعتبار النسب، والنسب لم يثبت منه بخلاف ما إذا وطيها ثم ملكها ثم جاءت بولد.

٤٩٧- الأب إذا وطي جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه يثبت نسبه منه؛ لأن الأب يتملك مال الابن عند الحاجة وعليه قيمة الجارية[٢]؛ لأنه ليس بحاجة أصلية، هذا إذا كان الأب حراً مسلماً، وإن كان الأب ميتاً يثبت من الجد أيضاً، وكفر الأب ورقه بمنزلة موته.

٤٩٨- وإذا كانت الجارية بين شريكين فجاءت بولد فادّعياه[٣] يثبت نسبه منهما، لحديث عمر رضي الله عنه[٤]، وفي أكثر من اثنين

---

[١] - وفي (ن،ع): " ابنة".

[٢] - لأنه قبل قبيل الوطء بالقيمة ليقع الوطء في ملكه (ر: فتح القدير ٥/٤٣، دار الكتب العلمية).

[٣] - وفي (م): "فادعاهما".

[٤] - أورد الزيلعي أثر عمر رضي الله عنه: ذكر أن شريحا كتب إلى عمر بن الخطاب في جارية بين شريكين جاءت بولد "فادعياه فكتب إليه عمر: أنهما لبسا، فلبس عليهما، ولو بينا لبين لهما، وهو ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقي منهما"، في نصب الراية (٣/٢٩١) ونسبه إلى البيهقي، وقال أيضاً: رواه عبد الرزاق في مصنفه عن قتادة باختصار (انظر: نصب الراية للزيلعي٣/٢٩١).

اختلاف بين علمائنا، ثم جاءت بولد آخر بعد ما ادعياه بالأول لم يثبت نسبه منهما، ولا من أحدهما إلا بالدعوة، وإن كان أحدهما مسلماً والآخر كافراً يثبت من المسلم استحساناً، وإن كان أحدهما عبداً مسلماً والآخر حراً كافراً يثبت من الحر.

٤٩٩- رجل زوج عبده من أمته فجاءت بولد ثم ادعاه المولى لا يثبت النسب منه، ولكن يعتق الولد بإقراره بالنسب، والولد ولد الزوج؛ لأن له فراش، وتصير الجارية أم ولد له.

٥٠٠- ولو زوجها من رجل فجاءت بولد منه ثم طلقها زوجها فزوجها[1] المولى من آخر فجاءت بولد منه ثم اشتراها الزوج الأول مع الولد الثاني تصير أم ولد له، والولد[2] الثاني عبد له يجوز بيعه.

٥٠١- وإذا أحبلت الجارية في ملك رجل فباعها فولدت عند المشتري فأعتقها ثم ادعى البائع الولد، تصح دعوته ويأخذ الولد ويرد حصته من الثمن.

٥٠٢- وإن أعتق الولد ثم ادعاه البائع لم تصح دعوته؛ لأنه لو ثبت حقيقة العتق في الولد من جهته يثبت في الجارية حق العتق؛ لأن الأصل في هذا الولد، والأم تبع له، فلو لم يثبت في الولد حقيقة العتق من جهته، فلا يثبت في الأم حق العتق، والله أعلم بالصواب.

---

[1] - وفي النسخ الثلاث: "فتزوجها" ولعل الصحيح ما كتبناه.

[2] - وفي (ن،ع): " العبد" مكان" الولد".

فصل في الكتابة

٥٠٣- الكتابة عقد مندوب إليه لقوله تعالى: ﴿فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا﴾[١]، وهذا الأمر ليس بإيجاب بالإجماع، إنما هو أمر مندوب هو الصحيح، والمراد بالخيرية أن لا يضر المسلمين بعد العتق[٢]، وإن كانوا يضرون به فتركه أفضل.

٥٠٤- إذا قال: كاتبتك على ألف درهم فالمال الذي في يده قيل هذا هو للمولى، وما حصل بعد ذلك فهو له، وإن أدى منه بدل الكتابة سلم له، وإن قال: كاتبتك من نفسك ومالك على ألف درهم فكل ما هو في يده وما يكسبه بعد ذلك فهو له دون مولاه.

٥٠٥- ولو قبل بدل الكتابة آخر بأن قال: كاتب عبدك على ألف درهم على أني إن أديت إليك ألفاً فهو حر فكاتبه على هذا، وقبل العبد صار مكاتباً ويعتق بأدائه، وإذا كاتب عبده على مال وشرط عليه وقبل العبد ذلك صار مكاتباً.

٥٠٦- وأما اشتراط قبول العبد فلأنه مال يلزمه فلا بد من التزامه، والمولى راض به، فإذا قبل المال خرج من يد المولى ويصير في يد نفسه ويصير له ذمة كذمة الحر وبدل الكتابة في ذمته، حتى لو وهب المولى له بدل الكتابة يعتق في الحال؛ لأن هبة الدين ممن عليه

---

[١] - النور: ٣٣.

[٢] - وفي (ن،ع): "بالعتق".

الدين يصح من غير قبول منه، ثم هو أحق[1] باكتسابه من مولاه تحصيلاً بمقصود الكتابة، ومالكية اليد له من كرامات بني آدم وهو لا ينافي الرق كأهلية النكاح، وملك اليد ينفصل عن ملك الرقبة كالرهن، وهو لم يخرج من ملك المولى، ولا يعتق إلا بأداء كل بدل الكتابة في ظاهر الرواية؛ لأن العتق مقابل الأداء، والشرط يقابل المشروط جملة لا بعضه، والكتابة تؤثر في نقصان الملك في العبد لا في رقبته؛ لأنه كان مملوكاً للمولى يداً ورقبة، وبالعقد صار مملوكاً رقبة لا يداً، ولهذا لا يجوز وطي المكاتبة ويلزمه العقر[2] بالوطي، والرق كامل فيه، ولهذا يجوز عتقه عن الكفارة بخلاف المدبر وأم الولد؛ لأن الرق فيهما ناقص والملك كامل، ألا يرى[3] أن إعتاقهما عن الكفارة لا يجوز ولا يمنع الوطء، والوطي لا يحل إلا بكمال الملك، ولهذا لا يحل وطي الجارية المشتركة، إلا أن قيمة[4] المدبر يعتبر ثلث قيمته لو كان قنا؛ لأن الاستخدام وقضاء الدين بعد موته باق، وقيمة أم الولد على قول من يقوم يعتبر ثلث قيمتها لو كانت قنا؛ لأن الاستخدام باق فحسب.

٥٠٧- وإذا أدى المكاتب بدل الكتابة عتق، وولائه[5] للمولى،

---

[1] - وفي (م): "أخص" ولعل الصواب ما كتبناه كما في فتاوى النوازل.

[2] - وفي (ن،ع): "العقب".

[3] - وفي (ن،ع): "ألا تري".

[4] - زيد في (ن،ع): "العبد".

[5] - وفي (م): "وولاه" والصحيح ما كتبناه.

وكذلك إذا عتق بعد موت المولى، والكتابة من جانب المولى شرط[1] وجزاء فهو بمنزلة اليمين حتى لا يقبل الفسخ ولا يحتمل النقض، ولهذا لا يصح رجوعه عنه، ومن جانب العبد قبول المال، والعتق معلق بأدائه وهو شرط محض على خطر الوجود فيفسخ من جهته حتى يجوز بيعه برضاه، وله أن يعجز نفسه فيرد إلى الرق؛ لأن حق العبد فيه معلق بشرط محض فلا يعتبر، وفي المدبر وأم الولد بمنزلة حقيقة العتق لتحقق سببه أو لغلبته فلا ينقصان.

٥٠٨- وحط بعض بدل الكتابة ليس بلازم عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله في حط ربعه أو ثلثه، ولو وهب المولى بدل الكتابة لمكاتبه فإن قبل يعتق وإن رد لا يعتق، وإن سكت يعتق عندنا خلافاً لزفر.

٥٠٩- ويجوز اشتراط بدل الكتابة حالاً ومؤجلاً عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله في الحال.

٥١٠- ولو قال لعبده: أنت حر على ألف أو بألف أو على أن لي عليك ألفاً فقبل العبد عتق بقبوله؛ لأنه معاوضة مال بغير مال، إذ العبد لا يملك نفسه فيشترط قبول العوض في الحال كما في البيع، والمال دين في ذمته حتى تصح الكفالة بخلاف بدل الكتابة؛ لأنه يثبت مع المنافي وهو بقاء الرق على ما عرف.

٥١١- ولو علق عتقه بأداء مال صح وصار ماذوناً، مثل أن يقول: إن أديت إليّ ألف درهم فأنت حر فإنه يقتصر على المجلس، وإذا

---

[1] - وفي (ن،ع): " بشرط".

قال: إذا أديت إليّ ألفاً لا يقتصر عليه من غير أن يصير العبد مكاتباً، حتى لا يشتري المكاتب الولد المولود قبل الأداء، وإنما يصير ماذونا؛ لأنه رغبه في الاكتساب لطلب الأداء منه، ومراده التجارة دون التكدي، فكان إذناً له دلالة، وإن أحضر المال أجبر الحاكم المولى على قبضه وعتق العبد.

٥١٢- وتفسير جبر الحاكم قضاؤه بالعتق بتخلية المال عنده.

٥١٣- ولو أدى البعض يجبر على القبول إلا أنه لا يعتق ما لم يؤد الكل لعدم الشرط، ولو أدى ألفاً اكتسبها[١] قبل التعليق يرجع المولى عليه ألف أخرى وعتق العبد، ولو اكتسبها بعده فأداها لم يرجع عليه؛ لأنه ماذون من جهته، والله أعلم.

---

[١] - وفي (ن،ع): "أكتبها".

كتاب الولاء

٥١٤- الولاء على نوعين: ولاء عتاقة ويسمى ولاء نعمة[١]، وسببه العتق على ملكه هو الصحيح[٢]، حتى لو عتق قريبه عليه كان الولاء له، لقوله عليه السلام: "من ملك ذا رحم محرم عتق عليه[٣]" وكان

---

[١] - كذا في جامع الرموز (ر:٢/ ٢٧٤).

[٢] - احتراز عن قول أكثر أصحابنا فإنهم يقولون: سببه الإعتـاق والـصحيح أن سببه العتق على ملكه لأنه لو عتق على الرجل قريبه بالوراثة كان الولاء له ولا إعتاق فجعل العتق سببا أولى لعمومه (انظر: تكملة فتح القدير ٢٢٣/٩، دار الكتب العلمية).

[٣] - حديث "من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه" أخرجه النسائي (حديث: ٤٨٩٧)، وقال الزيلعي قلت: أخرجه النسائي في سننه عن ضمرة بن ربيعة عن سفيان الثوري عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر قال قال رسول الله -ﷺ-: من ملك ذا رحم محرم منه عتق"، قال النسائي: هذا حديث منكر ولا نعلم أحداً رواه عن سفيان غير ضمرة بن ربيعة الرملي، وقال الترمذي: ولم يتابع ضمرة على هذا الحديث، وهو خطأ عند أهل الحديث، ورواه البيهقي، وقال: إنه وهم فاحش، والمحفوظ بهذا الإسناد حديث النهي عن بيع الولاء (نصب الراية ٤١٥/٣)، إلا أن ما رواه أصحاب السنن الأربعة عن حماد بن سلمة عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر" فصحيح رواه أبو داود في العتق، (حديث:٣٩٤٩)، والترمذي في الأحكام، وابن ماجه في

ولاؤه له، وقوله عليه السلام: "وإن مات ولم يترك وارثاً كنت أنت عصبته[1]" وقوله عليه السلام: "الولاء لمن أعتق[2]".

٥١٥- وحكم الإرث للمولى بالإجماع، وإن شرط أنه سائبة[3] فالشرط باطل والولاء لمن أعتق.

العتق، (حيث: ٢٥٢٤)، والنسائي في السنن الكبرى (٣/ ١٧٣، رقم: ٤٨٩٨، ٤٨٩٩، ٤٩٠١، ٤٩٠٢)، انظر للتفصيل: نصب الراية (٤١٧/٣، ٤١٨، دار الكتب العلمية).

[1] - مرسل حسن، أخرجه الدارمي (٢٨٩٩) والبيهقي عن الحسن أن رجلاً أتى النبي -ﷺ- برجل، فقال: إني اشتريت هذا فأعتقته فما ترى فيه؟ قال: أخوك ومولاك، قال: ما ترى في صحبته، قال: إن شكرك فهو خير له وشرّ لك، وإن كفرك فهو خير لك وشرّ له، قال: ما ترى في ماله، قال: إن مات ولم يدع وارثا فلك ماله، وفي رواية: إن مات ولم يترك عصبة فأنت وارثه (الدارمي ١٩٦١/٤، دار المغني، والسنن الكبرى ٢٤٠/٦، مجلس دائرة المعارف النظامية، حيدرآباد الهند).

[2] - حديث: "الولاء لمن أعتق" صحيح متفق عليه، انظر: صحيح البخاري (حديث: ٥٠٩٧، ٥٢٧٩)، ومسلم (حديث: ١٠٧٥)، والنسائي: (٦/ ١٦٣)، وابن حبان (حديث: ٥١١٦، ٥١١٥)، والبيهقي: (٦/ ١٦١) ومالك: (٥٦٢/٢)، كلهم من حديث عائشة.

[3] - أي يكون حرا ولا ولاء بينه وبين معتقه فالشرط باطل لأن الشرط مخالف للنص فلا يصح (انظر: العناية مع تكملة فتح القدير ٢٢٥/٩، دار الكتب العلمية).

٥١٦- وولاء الموالاة[1]، وسببه العقد، وهو أن يقول لآخر: واليتك على أن تعقل عني وترث مني، فقبل الآخر، فالولاء صحيح عندنا، وعقله على مولاه، فإن مات ولا وارث له فميراثه للمولى، وهو سبب للإرث أيضاً من الجانبين إذا كان الشرط كذلك، وقال الشافعي رحمه الله: هو ليس بشيء.

٥١٧- وولاء الموالاة يحتمل النقض ما لم يعقل، ويؤخر عن ذوي الأرحام بخلاف ولاء العتاقة.

٥١٨- وشرط ولاء الموالاة أن لا يكون معتقاً ولا معروف النسب، والسبب المعاقدة دون الإسلام عندنا؛ لأن الكفار أسلموا في يد النبي -ﷺ-، وفي يد الصحابة رضي الله عنهم، ومع هذا لا ميراث بينهما، وقال الروافض: السبب هو الإسلام؛ لأن الإسلام سبب لإحيائه كالإعتاق.

٥١٩- والعقل ليس بشرط في المعاقدة، ولكنه شرط في الإسلام عندهم، والله أعلم.

---

[1] - قال شمس الدين قاضي زاده: وتفسير هذا الولاء على ما ذكر في الذخيرة وغيرها: هو أن يسلم رجل على يد رجل فيقول للذي أسلم على يده أو لغيره: واليتك على أني إن مت فميراثي لك، وإن جنيت فحقلي عليك وعلى عاقلتك وقبل الآخر منه (تكملة فتح القدير ٢٣٣/٩، دار الكتب العلمية).

كتاب الأيمان

٥٢٠- الأيمان في اللغة عبارة عن القوة، وفي الشريعة عبارة عن عقد ورد على الخبر في المستقبل لتحقق الصدق منه قولاً، وإنما سمي الحلف يمينا؛ لأن العرب إذا تحالفوا تصافحوا بالأيمان تاكيداً لما عقدوا، و الحالف[١] يتقوى بحلفه على تحقيق ما قرنه بها من تحصيل أو امتناع، إذ اليمين إيجاب فعل مباح أو تحريمه على نفسه مقروناً[٢] بذكر اسم الله تعالى بحروف القسم تعظيماً للمقسم به.

٥٢١- الأيمان على ثلاثة أضرب: يمين الغموس، هي الحلف على أمر ماض يتعمد الكذب فيه، فهذه اليمين يأثم فيها صاحبها، ولا كفارة فيها إلا التوبة والاستغفار، والثاني: اليمين المنعقدة هي الحلف على أمر في المستقبل أن يفعله أو لا يفعله فإذا حنث فيه لزمته الكفارة بالإجماع[٣]، والثالث: اليمين اللغو، وهو أن يحلف على أمر ماض ويظن أنه كما قال والأمر بخلافه، وعن عائشة رضي الله عنها هو أن يقول: لا والله[٤]، بلى والله، وعند الشافعي رحمه الله ما يجري على لسانه

---

[١] - وفي (ن،ع): "وأما".

[٢] - وفي (ن،ع): "مقروناً" ساقط.

[٣] - وفي (ن،ع): "بالنص والإجماع".

[٤] - أخرجه البخاري في الأيمان باب لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم الخ.

من غير قصد، والمقصود في اليمين البر وهو يحمل على الفعل أو يمنعه عنه.

٥٢٢- ثم حكم اليمين على نوعين: نوع يجب البر [عليه][1] إذا كان يمينه على إيجاب مباح أو طاعة أو ترك حرام ومعصية، ونوع لا يجب البر عليه إذا كان يمينه على إيجاب معصية أو ترك طاعة بل الحنث أولى فيه.

٥٢٣- ثم اليمين المنعقدة إما تكون مرسلاً أي خالياً عن ذكر الوقت، أو كان موقتاً بذكر الوقت، وكل واحد منهما قسمين: قسم قد يكون إثباتاً كقوله: والله لأدخلن هذه الدار ففيه مادام الحالف والمحلوف عليه باقيين، ولا يوجد الشرط لا يحنث، فإذا فات الحالف أو[2] المحلوف يحنث، وقد يكون يميناً مثل قوله: والله لأدخلن هذه الدار ولا يحنث بعده.

٥٢٤- وأما الموقت: والله لأشربن الماء اليوم في هذا الكوز فمضى ذلك اليوم ولم يشرب يحنث، إذا كان في الكوز ماء، أو قال: لأفعل اليوم كذا، ومسئلة الكوز تجيء في آخر هذا الكتاب.

٥٢٥- وأما اليمين لغير الله ذكر شرط وجزاء صالح يحلف به

ولفظه: عن عائشة رضي الله تعالى عنها "لا يؤاخذكم الله باللغو قال: قالت: أنزلت في قوله: لا والله وبلى والله".

[1] - ما بين القوسين ساقط من النسخ الثلاث، زدناه من فتاوى النوازل ص:٢٣٨، دار الإيمان).

[2] - وفي (م): "و".

عادة فهو مشروع أيضاً؛ لأن الجزاء يحمله على وجود الشرط أو يمنعه[١].

٥٢٦- ومبنى الأيمان على العرف عادة[٢]، والعادة فيما يتعارف الناس الحلف به يكون يميناً وإلا فلا.

٥٢٧- وتحريم الحلال يمين عندنا، خلافاً للشافعي رحمه الله، لو حلف وقال: الخمر علي حرام فالصحيح أنه لا يكون يميناً[٣]؛ لأنه إخبار لا تحريم[٤].

٥٢٨- ولو قال: كل حلال علي حرام فهو على الطعام والشراب استحساناً، والقياس أن يحنث كما فرغ[٥] وهو قول زفر رحمه الله، ولا

---

١ - وفي التاتارخانية: يجب أن يعلم بأن اليمين بغير الله ذكر شرط وجزاء يحلف به عادة، وإذا كان الجزاء مما لا يحلف به لم يكن هذا التعليق يميناً، وتعليق الجزاء بالشرط على الحقيقة، والشرط يصح في الملك وغير الملك، والجزاء لا يصح إلا في الملك أو أثره أو مضاف إلى الملك أو إلى سببه (٥٠٢/٣).

٢ - وفي (ن،ع): "عادة" ساقط.

٣ - وفي (ن،ع): "فالصحيح أنه يكون يمينا، وقيل: إنه لا يكون يميناً".

٤ - "لا تحريم" ساقط في (ن،ع). وفي رد المحتار: "إذا قال: هذه الخمر عليّ حرام فيه قولان: والفتوى على أنه ينوي في ذلك إن أراد به الخبر لا تلزمه الكفارة، وإن أراد به اليمين تلزمه الكفارة، وعند عدم النية لا تلزمه الكفارة (٧٢٩/٣، طبع كراتشي).

٥ - لأنه باشر فعلاً مباحاً وهو التنفس ونحوه، هذا قول زفر، وجه الاستحسان أن اليمين تعقد للبر وهو لا يحصل مع اعتبار العموم لامتناع أن لا يتنفس وأن لا يفتح العينين فيعلم بدلالة الحال عدم إرادة العموم فيصار إلى أخص

يتناول المرأة إلا بالنية، ولا تصرف عن الماكول والمشروب أيضاً، وقال المتأخرون: يقع به الطلاق من غير نية لغلبة الاستعمال، وعليه الفتوى كما مر في الطلاق.

٥٢٩- ولو كان له أربع نسوة يقع على كل واحدة منهن طلقة واحدة وإن لم يكن له امرأة يجب الكفارة.

٥٣٠- ويمين الكافر ونذره لا يصح عندنا.

٥٣١- وقوله: الطالب الغالب لا أفعل كذا، فهو يمين لتعارف أهل بغداد.

٥٣٢- ولو قال بالفارسية: "سوكند مي خورم بخداي"[١] يكون يميناً؛ لأنه للحال، ولو قال: "سوكند خورم" لا يكون يميناً.

ولو قال: سوكند خوردم بطلاق زنم[٢] لا يكون يميناً لعدم التعارف فيه، ولو قال: "مرا سوكند خانه است" يكون إقراراً بيمين الطلاق.

٥٣٣- ولو قال لآخر: حرامست مرابا توسخن كفتن يكون يميناً.

٥٣٤- ولو قال: هذه الدراهم علي حرام يكون يميناً على

الخصوص وهو الطعام والشراب للعرف، وإذا لم يكن العموم مرادا لا يتناول المرأة إلا بالنية وإذا نواها كان إيلاء (الهداية والعناية مع فتح القدير ٨٢/٥-٨٣، دار الكتب العلمية).

[١] - معناه: أحلف الآن بالله ولو قال: سوكند خورم، قيل: لا يكون يمينا لأنه مستقبل (انظر: فتح القدير ٦٩/٥، دار الكتب العلمية).

[٢] - يعني أحلف بطلاق زوجتي.

الاتفاق، وفي الطعام على الأكل وفي الثوب على اللبس.

٥٣٥- وقوله: وعمر الله، وأيم الله، وعهد الله وميثاقه لا أفعل كذا يكون يميناً للتعارف.

٥٣٦- وكل ما كان تنجيزه كفراً كان تعليقه يميناً عندنا، مثل أن يقول: إن فعلت كذا فأنا بريء من الله تعالى؛ لأن البراءة من الله تعالى في الحال كفر والكفر، واجب الامتناع فيكون يميناً[1].

٥٣٧- ولو قال: أنا بريء من الصوم والصلاة إن أفعل كذا يكون يميناً، ولو قال: أنا بريء من الصوم الذي صمت ومن الصلاة التي[2] صليت لا يكون يميناً.

٥٣٨- ولو قال: أنا بريء من شهر رمضان إن أفعل كذا، إن أراد به فريضة الصوم يكون يميناً، وإن أراد به أجر الصيام لا يكون يميناً[3].

٥٣٩- ولو قال: إن فعلت كذا ما قال الله تعالى كذب، يكون يميناً.

٥٤٠- ويمين الغموس لا يوجب الكفارة عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله، بالنص، ولأنها كبيرة محضة، واليمين مشروعة وكفارته عبادة فلا توصف الكبيرة بالمشروعية، ولأن حقيقته لا تتصور وهو البر

---

[1] - "فيكون يميناً" ساقط من (ن،ع)، وزيد" فإذا علقه بشرط فقد (ألذ) الامتناع".

[2] - وفي النسخ الثلاث: "الذي" والصحيح ما كتبناه.

[3] - كذا في البحر (ر:٤/ ٢٨٥).

فلا يصار إلى مجازه وهو الكفارة.

٥٤١- والعامد والناسي والخاطي والمكره في اليمين والحنث سواء، وتجب به الكفارة لوجود سببه وهو الحنث، والحكم يدار على السبب لا على الحكمة وهي حقيقة الذنب مع أنه لا ذنب فيه.

٥٤٢- وقال الكرخي[١]: النية نية الحالف ظالماً كان أو مظلوماً، فعلى هذا قول أصحابنا، وعن النخعي[٢] النية نية المستحلف إن كان مظلوماً، وإن كان ظالماً فالمعتبر فيه نية الحالف، وبه أخذ أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله، هذا إذا حلف على أمر ماض، أما إذا حلف في المستقبل فالنية نية الحالف دون المستحلف.

٥٤٣- ليس للرجل أن يحلف رجلاً بالطلاق والعتاق، وبعضهم جوزوا هذا وهو مفوض إلى رأي الإمام.

٥٤٤- ولا يجوز للرجل أن يقول[٣] لعمر فلان إن أفعل كذا، فإن قال ووفى بالشرط بر في يمينه ويكون كبيرة ولا يكفر به، وينبغي أن يحنث في يمينه؛ لأن التعظيم في الحقيقة لا يجوز إلا لله تعالى، وقال الحسن: لأن أحلف بالله كاذباً أحب إلي من أحلف بغيره صادقاً، والله أعلم.

---

[١] - تقدمت ترجمته في الجزء الأول من الكتاب.

[٢] - تقدمت ترجمته في الجزء الأول من الكتاب.

[٣] - في (ن،ع): "يقوم". لأن العمر هو البقاء والبقاء من صفات الذات (ر: العناية وفتح القدير ٦٩/٥، ٧٠، دار الكتب العلمية).

فصل

٥٤٥- وإذا قال: والله، والرحمن، والرحيم[1] لا أفعل كذا، ثم فعل فعليه ثلاث كفارات في ظاهر الرواية، وعن أبي حنيفة رحمه الله كفارة واحدة.

٥٤٦- ولو قال: والرحمن لا أفعل كذا، إن أراد به السورة لا يكون يميناً، ولو قال: والله، بالله، تالله، يتعدد اليمين، وكذا لو قال: والله والله في ظاهر الرواية، وعن محمد رحمه الله في الاسم الواحد لا يتعدد.

٥٤٧- ولو ذكر معه الخبر مكرراً يتعدد مثل أن يقول: والله لا أفعل كذا، والله لا أفعل كذا، إن عين[2] بالثاني إعادة الأول يصير يميناً واحداً، وعلى هذا الطلاق.

٥٤٨- ولو قال: إن أفعل كذا فأنا بريء من الكتب الأربعة فإذا حنث فيه فعليه كفارة واحدة، ولو قال: أنا بريء من التوراة، وبريء من

---

[1] - قال ابن الهمام: إذا عدد ما يحلف به بلا واو مع اختلاف اللفظ أو عدم اختلافه فهو يمين واحدة كأن يقول: والله الرحمن الرحيم، وكذا بلا اختلاف مع الواو نحو والله والله أو هو بريء من الله ورسوله، إن كان بواو في الاختلاف نحو والله والرحمن والرحيم تعددت اليمين بتعددها، وكذا بواوين مع الاتحاد نحو والله ووالله هذا كله ظاهر الرواية، وروى الحسن عن أبي حنيفة أن عليه في المختلفة كفارة واحدة، لأن الواو الكائنة بين الأسماء للقسم لا للعطف (انظر للتفصيل: فتح القدير ٧٣/٥، دار الكتب العلمية).

[2] - وفي (ن،ع): "إلا إن عيّن".

الإنجيل، وبريء من الزبور، وبريء من الفرقان فعليه أربع كفارات إذا حنث[1]، ولو قال: أنا بريء من كتب الفقه إن أفعل كذا وفيه مكتوب "بسم الله الرحمن الرحيم" يكون يميناً ولو قال: أنا بريء من الله ورسوله إن أفعل كذا فعليه كفارة واحدة، ولو قال: أنا بريء من الله وبريء من رسوله فعليه كفارتان.

٥٤٩- ولو قال: بسم الله لا أفعل كذا، لا يكون يميناً لعدم العرف.

٥٥٠- ولو قال: أنا بريء من هذه الذي ذكرنا إن فعلت كذا، وهو يعلم أنه كاذب فيه وقت اليمين يأثم؛ لأنه غموس ولا يكفر، هو الصحيح، إذا اعتقد أنه يمين، وقيل: إن علم أن حكم هذا اليمين كفر يكفّر وهو المختار، لأن الإقدام عليها رضا بالكفر.

٥٥١- ولو قال: إن فعلت كذا فالمجوسي خير مني قيل: هو ردة، والصحيح أنه ليس بردة.

٥٥٢- ولو قال: إن فعلت كذا فهو يهودي أو كافر يكون يمينا؛ لأنه تعليق به، ولو قال ذلك لشيء قد فعله فهو غموس[2]، ولا يكفّر به اعتباراً بالمستقبل، وهو الصحيح فيهما إن كان يعلم أنه يمين، وإن كان

---

[1] - زيد في (ن،ع): "ولو قال: أنا بريء من كل آية في القرآن فعليه كفارة واحدة".

[2] - يعني لو حلف بهذا اللفظ على أمر ماض، فإن كان عنده أنه صادق فلا شيء عليه، وإن كان يعلم أنه كاذب فهو الغموس ولا يكفر اعتبارا بالمستقبل يعني كما لو حلف به على أمر في المستقبل فإنه في المستقبل كان يمينا يكفـر ولا يكفر الحالف كذلك إذا كان في الماضي (العناية مع فتح القـدير ٥/٧٢، دار الكتب العلمية).

يعلم أنه يكفّر بالحلف يكفر فيهما؛ لأنه رضي بالكفر[1].

٥٥٣- ولو قال: الله يعلم ما فعلت كذا، وهو يعلم أنه كاذب، قيل: يكفّر، وقيل: لا يكفّر؛ لأن قصده ترويج الكذب دون الكفر.

٥٥٤- ولو قال: وحق الله لا يكون يميناً عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله؛ لأن الحق يذكر ويراد به الطاعة، والطاعات حقوق الله تعالى علينا وهو امتثال الأمر والامتناع عن النهي، فيكون حالفاً بغير الله.

٥٥٥- ولو قال: والحق لا أفعل كذا، يكون يميناً؛ لأنه اسم من أسماء الله تعالى، ولو قال: حقاً لا يكون يمينا؛ لأنه يذكر ويراد به تحقيق الوعد.

٥٥٦- ولو قال: بحق النبي لا يكون يميناً، ولكن حقه عظيم. وكذا لو قال: بحق الإيمان وحق القرآن. وكذا لو قال: والقرآن والنبي لا أفعل كذا لا يكون يميناً.

٥٥٧- ولو قال: أنا بريء منهما إن أفعل كذا يكون يميناً؛ لأن تنجيزه كفر وتعليقه يكون يميناً.

ولو قال: وعلم الله لا أفعل كذا لا يكون يميناً؛ لأنه غير متعارف، ولأن العلم يذكر ويراد به المعلوم كما يقال: اللهم اغفر علمك فينا أي معلومك.

---

[1] - وفي النهاية: والصحيح أنه إذا كان عالماً يعرف أنه يمين فلا يكفر بـه في الماضي والمستقبل، وإن كان جاهلاً أو عنده أنه يكفر بالحلف فإنه يكفر في الماضي والمستقبل، لأنه لما أقدم على ذلك الفعل وعنده أنه يكفر فقد رضي بالكفر (ر: المصدر السابق).

فصل في النذر

٥٥٨- النذر إيجاب عين الفعل المباح على نفسه تعظيماً لله تعالى بذكر اسمه، وإيجاب العبد يعتبر بإيجاب الله تعالى، حتى لو قال: لله علي صوم أو صلاة صح نذره.

٥٥٩- ولو قال: لله علي تسبيح أو تحميد لا يصح نذره.

٥٦٠- ولو قال: لله علي حجة أو صوم سنة يلزمه، فيجب الوفاء به وهو النذر المطلق، وكذا لو قال: علي نذراً لله وموجبه موجب اليمين إن حنث، وكذا لو قال: علي نذر إن لا أفعل كذا، ولو كان كاذباً فيه، قيل: لا يحنث ديانة إذا فعل ذلك.

٥٦١- وإن علق نذره بشرط بأن قال: إن فعلت كذا فعلي حجة أو صوم سنة ففعل فعليه الوفاء بنفس النذر لإطلاق الحديث[1]، وهو ظاهر الرواية.

٥٦٢- ولا يخرج عن العهدة بالكفارة، وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه رجع عن ذلك، وقال: أجزأ ذلك كفارة يمين، وهو قول محمد رحمه الله.

ويخرج عن العهدة بما سمى بالوفاء أيضاً يعني هو مخير بين

[1] - قال الله تعالى: ﴿وليوفوا نذورهم﴾ (الحج:٢٩)، وعن عائشة قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من نذر أن يطيع الله فليطعه ومن نذر أن يعصيه فلا يعصه" (البخاري على فتح الباري ٨١/١١، كتاب الأيمان والنذور).

الكفارة وبين الوفاء بما سمى، وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله، وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله، قيل: هذا التخيير قبل وجود الشرط وهو قول الشافعي رحمه الله لما فيه معنى اليمين وهو منع النفس عن إيجاد الفعل، وهذا إذا كان شرطاً لا يريد كونه بأن قال: إن كلمت فلانا فعلي حجة أو صدقة ما أملكه فعليه الكفارة؛ لأن فيه معنى اليمين وباعتبار صيغته نذر فعليه الوفاء فيتخير بينهما.

٥٦٣- وإن كان الشرط يريد كونه بأن قال: إن شفى الله مريضي فعلي حجة فعليه الوفاء بما سمى لانعدام معنى اليمين.

٥٦٤- ولو قال: علي مشي إلى بيت الله أو إلى الكعبة يلزمه حجة وعمرة، ولو قال: علي المشي إلى الحرام أو إلى بيت الحرام لم يلزمه شيء عند أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لهما.

٥٦٥- ولو قال: علي الخروج أو الإتيان أو الذهاب لم يلزمه شيء بالإجماع.

٥٦٦- ولو قال: علي نذر أن أحج ماشياً يلزمه أن يحج ماشياً إلى أن يطوف طواف الزيارة؛ لأنه التزم القربة بصفة الكمال، كما إذا نذر الصوم متتابعاً.

ثم قيل: إن كان قريباً من مكة مما يعتاد المشي إليه ينبغي أن لا يركب، والظاهر أنه يلزمه المشي إذا خرج من بيته، ثم إذا بعدت المسافة وشق المشي عليه إن ركب يلزمه دم؛ لأنه أدخل نقصاً فيه،

ولكن يخرج من عهدة النذر عندنا[1]، وقيل: يلزمه المشي من وقت الإحرام.

٥٦٧- ولو نذر صوماً في مكة أو في يوم عاشوراء أو صلاة في المسجد الحرام أو في المسجد الأقصى أو في مسجد رسول الله -ﷺ- ثم صام في غيرها أو صلى في غيرها يجوز ويخرج عن العهدة عندنا مع أن المسمى أفضل وأولى، كمن نذر أن يصلي صلاة في ليلة القدر فصلاها في غيرها يجوز؛ لأن ما أوجبه الله تعالى من الصلاة لا تختص بمكان، فكذا ما أو جبه العبد على نفسه.

٥٦٨- وكذا لو نذر أن يتصدق على فقراء مكة ثم تصدق على فقراء غير مكة يجوز؛ لأن الفقراء لا يتعينون بالنذر في الصدقة مع تفاوتهم في الفضل، وقال زفر رحمه الله: يتعين الوقت والدراهم والفقير.

٥٦٩- رجل نذر أن يتصدق بعشرة دراهم خبزا، فتصدق بثمن الخبز أو شيئاً آخر مثل قيمته يجوز، ولو هلكت الدراهم المنذورة قبل التصدق سقط النذر.

٥٧٠- ولو قال: إن فعلت كذا فألف درهم من مالي صدقة، وليس عنده إلا مائة لا يلزمه إلا بما عنده، هكذا روي عن محمد رحمه الله، كمن أوجب على نفسه ألف حجة يلزمه حج بنذره قدر ما يعيش، وإن لم يكن عنده شيء فلا شيء عليه؛ لأن النذر فيما لا يملكه لا يصح.

٥٧١- ولو نذر أن يصوم رجباً فصام قبله يجوز عند أبي حنيفة

[1] - "عندنا" ساقط في (م).

وأبي يوسف رحمهما الله كما مر في الصوم، ولو قال: مالي صدقة لا تدخل الديون التي له على الناس في نذره.

٥٧٢- وإذا نذر بذبح ولده لا يلزمه شيء عند أبي يوسف والشافعي رحمهما الله؛ لأنه نذر بمعصية فلا يصح، كمن نذر أن يصلي صلاة بغير طهارة، وعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله يلزمه ذبح شاة وفاء لنذره اعتباراً بقصة الخليل صلوات الله عليه[١].

٥٧٣- وإذا نذر بذبح عبده لا يلزمه شيء؛ لأن النص ورد في الولد، والعبد ليس في معناه، وعند محمد رحمه الله يلزمه ذبح شاة أيضاً اعتباراً بالولد، وكذا لو نذر بذبح نفسه لا يجب شيء عند أبي حنيفة خلافاً لمحمد رحمه الله.

---

[١] - انظر لتفصيل قصة إبراهيم: البداية والنهاية للحافظ ابن كثير ١٥٧/١ قصة الذبيح، دار الكتب العلمية.

فصل في كفارة اليمين

٥٧٤- وكفارة اليمين عتق رقبة، وإن شاء كسا عشرة مساكين، كل واحد ثوباً[١] يستر بدنه حتى لا يجوز السراويل هو الصحيح، وإن شاء أطعم عشرة مساكين كالإطعام في الظهار[٢]، فإن لم يقدر على[٣] ثلاثة أشياء، صام ثلاثة أيام متتابعات، هكذا قراءة عبد الله بن مسعود رضي الله عنه وهي كالخبر المشهور[٤].

٥٧٥- تقديم الكفارة على الحنث لا يجوز عندنا، وعند الشافعي رحمه الله يجوز بالمال لوجود السبب[٥]، وهو اليمين كالتكفير بعد الجرح،

---

[١] - وفي (ن،ع): "ثوباً" ساقط.

[٢] - يعني نصف صاع من بر أو صاع من تمر أو شعير كذا في فتح القدير ٧٥/٥، دار الكتب العلمية.

[٣] - وفي (ن،ع): "على أحد".

[٤] - وهي: ﴿فصيام ثلاثة أيام متتابعات﴾ وهي كالخبر المشهور لشهرتها على ما قيل إلى زمن أبي حنيفة، والخبر المشهور يجوز تقييد النص القاطع به فيقيد ذلك المطلق به وهو قوله تعالى: ﴿فصيام ثلاثة أيام﴾ كذا في فتح القدير ٧٦/٥، دار الكتب العلمية.

[٥] - وإنما كان السبب لكفارة هو اليمين، لأنه أضيف إليه الكفارة في النص بقوله تعالى: ﴿..ذلك كفارة أيمانكم﴾ والإضافة دليل سببية المضاف إليه للمضاف الواقع حكما شرعيا أو متعلقة، وإذا ثبت سببيته جاز تقديم الكفارة على الحنث، لأنه حينئذ شرط والتقديم على الشرط بعد وجود السبب ثابت شرعاً، كما في تقديم التكفير بعد الجرح على الميت بالسراية (انظر: فتح القدير

ولهذا يضاف إليها، ولنا أن الكفارة لستر الجناية ولا جناية قبل الحنث، واليمين ليست بسبب؛ لأنه مانع غير مفض بخلاف الجرح أنه مفض.

٥٧٦- ولو أعتق عبداً كافراً في كفارة اليمين يجوز عندنا لإطلاق النص[1].

٥٧٧- ولو أعتق عبداً مريضاً يرجى منه ويخاف عليه يجوز[2].

٥٧٨- ولو أعطى ثوباً خلقاً عن كفارة اليمين ينظر إن كان بحال يمكن الانتفاع به في أكثر مدة الجديد يجوز وإلا فلا، وإن أعطى السراويل للرجل فيه خلاف، وكذا في إعطاء الإزار إليه فيه خلاف أيضاً.

٥٧٩- رجل حنث وهو موسر ثم أعسر أجزأه الصوم، وفي عكسه لا يجوز الصوم، والمعتبر فيه حالة الأداء لا حالة الوجوب عندنا، وعند الشافعي رحمه الله حالة الحنث.

٥٨٠- ولو أعطى خمسة مساكين طعاماً وكسا خمسة مساكين، إن كان الطعام طعام التمليك يجوز، وإن كان طعام إباحة ينظر إن كان الطعام أرخص يجوز، وإن كان أغلى لا يجوز؛ لأن التمليك في الكسوة

٥/٧٨، ٧٩، دار الكتب العلمية).

[1] - إشارة إلى قوله تعالى: ﴿لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذ كم بما عقدتم الأيمان فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام، ذلك كفارة أيمانكم﴾ الخ (المائدة: ٨٩).

[2] - وإن كان لا يرجى منه الحياة لا يجوز لأنه ميت معنى (فتح القدير ٢٦١/٤، دار الفكر).

شرط، وليس في إباحة الطعام تمليك.

٥٨١- وأما تمليك وهو أن يعطي عشرة مساكين، كل مسكين نصف صاع من بر، ولا بد من عدد المساكين ومقدار الطعام.

٥٨٢- وأما إطعام الطعام وهو أكلتان مشبعتان غداء وعشاء، والمعتبر فيه الإشباع دون المقدار، فالأكلتان المشبعتان تقومان مقام نصف صاع من بر.

٥٨٣- وفقراء أهل الذمة فيه كفقراء المسلمين، إلا أن فقراء المسلمين أفضل، وعند أبي يوسف رحمه الله لا يجوز الدفع لهم كما في الزكاة.

٥٨٤- وإن كان فيهم صبي فطيم لا يجزيه؛ لأنه لا يستوفي كاملاً، ولابد من الإدام في خبز الشعير ليحصل الإشباع، وفي خبز الحنطة لا يشترط الإدام.

٥٨٥- رجل مات وعليه كفارة اليمين سقطت اليمين إذا كانت مؤبدة بذكر الأبد، أو مطلقة لا تجب الكفارة إلا بفوات البر وذلك بهلاك ذلك الشيء؛ أو بموت الحالف؛ لأن البر قبله مرجوء، وإذا كانت مقيدة بذكر الوقت لا تجب الكفارة إلا بمضي ذلك الوقت، ولا تجب بموت الحالف ولا بهلاك ذلك الشيء قبل مضي الوقت.

٥٨٦- ومن حلف على معصية مثل أن لا يصلي أو لا يتكلم أباه أو ليقتلن فلاناً فينبغي أن يحنث في يمينه ثم يكفر؛ لأن الحنث هناك خير من البر؛ لأن البر معصية فيه، وإن برّ في يمينه فعليه التوبة والاستغفار، والله أعلم.

فصل

٥٨٧- ومن حلف أن لا يدخل هذه الدار ما دام فلان فيها فخرج فلان بأهله، ثم عاد إليها، ودخل الحالف لا يحنث؛ لأن اليمين موقتة إلى غاية، وقد انتهى بخروجه.

٥٨٨- ولو حلف لا يدخل دار فلان، فدخل داره حنث سواء كانت له ملكاً أو إجارة أو عارية عندنا؛ لأنه قد يضاف إليه بالملك، وقد يضاف إليه بالسكنى، فيتناولهما بطريق المجاز لا بطريق الجمع بين الحقيقة والمجاز[١].

٥٨٩- ولو كان له دار غلة فيمينه يقع على الذي يسكنها، وعند الشافعي رحمه الله لا يحنث إلا في الملك.

٥٩٠- ولو حلف وقال لامرأته: إن دخلت دار فلان فأنت طالق، فمات فلان ثم دخلت الدار قيل: تحنث؛ لأن الورثة لا يملكون التركة قبل القسمة لبقاء ملك الميت فيه حكماً، ولهذا تقضى ديونه منه، وتنفذ وصاياه منه، والأصح أنه لا يحنث؛ لأنه لم يبق أهلاً للملك.

٥٩١- ومن حلف أن لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث بالقعود حتى يخرج، ثم يدخل استحساناً؛ لأن الدخول لا دوام له؛ لأنه

---

[١] - والأولى أن يقال: "فيتناولهما باعتبار عموم المجاز، ومعناه أن يكون محل الحقيقة فرداً من أفراد المجاز لا باعتبار الجمع بين الحقيقة والمجاز" كما في البحر (ر:٤/ ٣٧١).

عبارة عن الانفصال من الخارج إلى الداخل، وفي القياس يحنث؛ لأن للدوام حكم الابتداء.

٥٩٢- ومن حلف لا يدخل دار فلان فارتقى شجرة وأغصانها في تلك الدار حتى لو سقط سقط في الدار، قيل: يحنث، والمختار أنه لا يحنث؛ لأنه لا يسمى دخولاً كصعود السطح، وفي مسئلة الخروج إذا كانت الشجرة في الدار وأغصانها في خارج الدار فارتقى أغصان الشجرة حتى لو سقط سقط خارج الدار لا يحنث؛ لان الشجرة[١] بمنزلة بناء الدار.

٥٩٣- ومن حلف لا يدخل دار فلان فدخل داره إن كان الساكن فيها غيره لم يحنث، وإن لم يسكنها غيره حنث.

٥٩٤- ومن حلف أن لا يدع فلاناً حتى يدخل هذه الدار إن كانت الدار ملكه فشرط بره المنع بالقول وبالفعل بقدر ما يطيق، ولو دخلها وهو لا يعلم لا يحنث. وكذا في الخروج، وإن لم تكن الدار ملكه يمنعه بالقول دون الفعل، وكذا في عبور القنطرة.

٥٩٥- ومن حلف أن لا يخرج من هذه الدار فحمله رجل فأخرجه إن كان بأمره حنث، ولو أخرجه مكرها لا يحنث، ولو حمله وأخرجه برضاه لا بأمره، فالصحيح أنه لا يحنث.

٥٩٦- وإن قال: إن خرجت من هذه الدار فأنت كذا، فخرج من السطح أو من الحائط أو من النقب لم يحنث.

---

[١] - وفي (ن،ع): "لأن الشجرة" ساقط.

٥٩٧- وإن قال: إن خرجت من البيت [فأنت طالق][1] فخرجت إلى صحن الدار طلقت.

٥٩٨- ومن حلف أن لا يخرج إلى مكة فخرج إلى مكة، ثم رجع حنث لوجود الخروج إلى قصد مكة وهو الشرط، إذ الخروج عبارة عن الانفصال من الداخل إلى الخارج.

٥٩٩- ولو حلف ليأتين البصرة لم يحنث حتى يدخلها؛ لأن الإتيان عبارة عن الوصول، ولو حلف لا يذهب إليها قيل: هو كالإتيان، وقيل: كالخروج وهو الأصح؛ لأنه عبارة عن الزوال.

٦٠٠- ومن حلف لا يسكن هذه الدار فخرج منها بنفسه وأهله ومتاعه فيها ولم يرد به الرجوع إليها حنث؛ لأنه يعد ساكناً تبعاً لأهله ومتاعه فيها، والبيت والمحلة والمنزل بمنزلة الدار. ولو كانت اليمين على المصر يتوقف البر على انتقال نفسه عرفا ولا يحنث ببقاء أهله ومتاعه فيها بخلاف الأول، هكذا روي عن أبي يوسف رحمه الله؛ لأنه لا يعد[2] ساكناً في الذي انتقل عنه عرفاً؛ لأن الرجل قد يكون في مصر، وأهله ومتاعه في مصر آخر، وسكناه تنسب إلى المصر الذي هو فيه لا إلى المصر الذي أهله ومتاعه فيها. وقال محمد رحمه الله في مسئلة الدار: إن خرج[3] من ساعته وترك المتاع فيها ومكث في طلب المنزل

---

[1] - ما بين القوسين زدناه تصحيحاً للمتن، كما في تحفة الفقهاء ٣٠٩/٢، دار الكتب العلمية).

[2] - وفي (ن): "يعد" محل "لا يعد".

[3] - وفي (ن،ع): "أخرج".

أياماً لم يحنث، والقرية بمنزلة المصر هو الصحيح، ولو كانت اليمين في الليل فهو معذور إلى أن يصبح، وقيل: إن كان باب الدار مغلقاً لا يحنث، وكذا لو منعه مانع من الخروج[1] لا يحنث. قال أبو حنيفة رحمه الله: لابد من نقل كل المتاع بلا تأخير في هذه المسئلة، حتى لو بقي وتد فيها مثلاً يحنث؛ لأن السكنى تثبت بالكل فيبقى ما بقي شيء منه، ولو شق عليه تحويل المتاع[2]، فالحيلة فيه أن يبيع المتاع من غيره وهو يخرج بنفسه لا يحنث، وعند أبي يوسف رحمه الله يعتبر نقل الأكثر، وعند محمد رحمه الله نقل ما تقوم به[3] كتخدائيته[4]؛ لأن ماوراه ليس من السكنى، ولهذا يقال: انتقل بهذا القدر، قالوا: هذا أحسن وأرفق للناس[5]، والنقل إلى السكة أو المسجد لا يعتبر.

٦٠١- ولو حلف لا يساكنه في هذه الدار وسكن كل واحد منهما في حجرة من الدار لم يحنث، وعند أبي يوسف رحمه الله إن كانت الدار صغيرة يحنث، وإن قال: لا أساكنه في هذه الدار ثم قسما وجعلا بينهما حائطاً، وفتح كل واحد منهما باباً في ناحيته على حدة، ففيه روايتان.

---

[1] - وفي (ن،ع): "وفي مسئلة الخروج يحنث".

[2] - انظر البحر:(٤/ ٣٠٦).

[3] - أنظر للتفصيل: البحر (٤/ ٣٠٧).

[4] - وفي (ن،ع): "السكنى"، والكتخدائيته" عبارة عن بعض متاع البيت وهو لفظ معرب وتعريبه حادث، ولهذا لم يوجد في أكثر كتب اللغة كذا في حاشية نسخة (م).

[5] - فيه تفصيل (ر: البحر:٤/ ٣٠٧).

٦٠٢- ولو أرادت المرأة الخروج، فقال زوجها: إن خرجت فأنت طالق، فجلست ساعة ثم خرجت لم يحنث، وقد مر في الطلاق، ويسمى هذه المسئلة يمين الفور؛ لأنه خرجت جواباً بناء على أمر معين فيتقيد به بدلالة الحال فكأنه قال: إن خرجت هذه الخرجة.

٦٠٣- وكذا لو قال لآخر: تعال تغد معي، فقال: والله ما أتغدى، فذهب إلى بيته فتغدى لا يحنث، وكذا لو قال لآخر: وهو يريد ضرب عبده، إن ضربت عبدك فامرأتي طالق فترك ساعة ثم ضربه لا يحنث، وهذا كله استحسان، والقياس يحنث.

٦٠٤- ولو قال لرجل: إن فعلت كذا فعبدي حر، قال أبوحنيفة رحمه الله: إنه على الفور، وإن قال: إن لم تفعل[1] كذا فعبدي حر فهو على الأبد، وقال أبو يوسف رحمه الله: كلاهما على الفور، وتفرد أبوحنيفة رحمه الله بإظهار يمين[2] الفور، و[وجهه أن][3] مراد المتكلم الرد عن تلك الخرجة والضربة عرفاً، ومبنى الأيمان على العرف، والله أعلم.

---

[1] - وفي (ن،ع): "إن لم يفعل".

[2] - وفي (ن،ع): "على الفور".

[3] - ما بين القوسين زدناه من فتاوى النوازل ص:٢٤٨، دار الإيمان.

فصل في التكلم

٦٠٥- ولو حلف أن لا يكلم عبد فلان أو زوجة فلان[١] فهذا على وجهين: إما أن يكون إضافة ملك كالعبد والدار والطعام، وإما أن يكون إضافة نسبة كالزوجة والصديق، وكل ذلك على وجهين: إما أن يكون مشاراً إليه أو لم يكن:

أما إذا أطلق في إضافة الملك بأن قال: لا أكلم عبد فلان فالملك شرط فيه وقت الحنث، حتى لو باع عبده ثم تكلم لم يحنث لزوال الملك، ولو استحدث ملكه بعد اليمين ثم كلمه حنث لوجود إضافة الملك إليه.

وقال أبو يوسف رحمه الله: دوام الملك شرط من وقت اليمين إلى وقت الحنث.

٦٠٦- وأما إذا أشار إليه فيه، بأن قال: عبد فلان هذا، ثم وجد الشرط بعد زوال الملك لم يحنث عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما

---

[١] - وفي العناية: إذا وقعت اليمين على فعل يتعلق بمركب إضافي، فإما أن يكون مع الإضافة إشارة أولا، وكل منهما إما أن تكون الإضافة إليه إضافة ملك أو إضافة نسبة، فإن لم تكن مع الإضافة إشارة كما إذا حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبداً بعينه أو امرأة فلان أو صديق فلان فالمعتبر وجود الملك عند وجود المحلوف عليه في إضافة الملك بالاتفاق، وكذا في إضافة النسبة عند أبي حنيفة، وعند محمد يعتبر وجود النسبة وقت الحلف، فعلى هذا إذا باع فلان عبده فكلمه لم يحنث بالاتفاق، وكذا إذا طلق امرأته أو عادى صديقه عنده، وعند محمد يحنث (العناية مع فتح القدير ٥/١٤٠، دار الكتب العلمية).

الله، وقال محمد رحمه الله: يحنث، وهو قول زفر رحمه الله؛ لأن الإشارة أبلغ في التعريف من التسمية، فاعتبرت الإشارة ولغت التسمية كما في إضافة النسبة، ولهما أن المراد من الإشارة التعريف وبذكر التسمية إلى صاحبه يراد هجران صاحبه؛ لأن هجران العبد لا يهجر[1] عادة لسقوط مرتبته بخلاف هجران الزوجة؛ لأنها تهجر عادة وتعادي.

٦٠٧- أما إذا أطلق في إضافة النسبة بأن قال: لا أكلم زوجة فلان فأبان فلان امرأته ثم كلمها لم يحنث لزوال النسبة منه، وعند محمد رحمه الله يحنث لما قلنا، وكما قلنا في الإشارة، وإن لم يكن له امرأة ثم تزوجها وكلّمها حنث عند أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لمحمد رحمه الله.

٦٠٨- ولو أشار إليها بأن قال: لا أكلم زوجة فلان هذه ثم زالت الزوجية ثم كلّمها حنث بالإجماع، فذكر التسمية يكون للتعريف ولكن الإشارة أبلغ منه فلا يحتاج إلى دوام الملك.

٦٠٩- ولو حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه بعد ما صار شيخاً حنث؛ لأن الحكم يتعلق بالمشار إليه إذ الصفة في الحاضر لغو، وهذه الصفة ليست[2] بداعية إلى اليمين.

---

[1] - فى (م): "لأن يهجر".

[2] - "بداعية" ساقط فى (م).

فصل

٦١٠- ومن حلف أن لا يأكل من هذه النخلة[١] فهو على ثمرتها، لأن أكل النخلة حقيقة متعذرة فيصرف إلى مجازه، وهو الثمر، ولوجعل منه دبساً أو خلا فأكله لم يحنث.

٦١١- ولو حلف لا يأكل ولا يشرب، وقال: عنيت شيئا دون شيء، لم يصدق لا قضاءً ولا ديانة.

٦١٢- ولو حلف لا يأكل طعاما و لا يشرب شراباً وقال: عنيت شيئاً دون شيء صدق ديانة؛ لأن ذكر الطعام منكراً في موضع النفي فيعم ثم إرادة الخصوص من العموم يجوز.

٦١٣- ولو حلف لا يأكل رطباً فأكل بسراً أو حلف لا يأكل بسراً فأكل رطباً لم يحنث بالإجماع، ولو أكل رطباً فيه بسر أو بسراً فيه رطب يحنث عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله[٢]؛ لأنه أكل المحلوف

---

[١] - يعني إذا كانت لها ثمرة، وأما إذا لم يكن فاليمين تقع على ثمنها، لأنه أضاف اليمين إلى ما لا يؤكل فينصرف إلى ما يخرج منه، لأن الحقيقة إذا تعذرت يصار إلى المجاز ولكن يشترط أن لا يتغير بصنعة جديدة، لأن ما يصنع من ذلك الثمر ليس بثمر فلا يحنث بالنبيذ والخل والدبس (العناية مع فتح القدير ١٠٩/٥، دار الكتب العلمية).

[٢] - قال ابن الهمام: صور المسألة أربع: اتفاقيتان: وهما ما إذا حلف لا يأكل رطبا فأكل رطبا مذنبا، وما إذا حلف لا يأكل بسرا فأكل بسرا مذنبا فإنه يحنث في هاتين اتفاقا، وخلافيتان: وهما ما إذا حلف لا يأكل رطبا فأكل بسرا

وغيره، وعند أبي يوسف رحمه الله العبرة للغالب، والمحلوف كالمعدوم في البسر، قلنا إن الأكل يصادف[1] شيئاً فشيئاً والشراء[2] يصادف جملة.

٦١٤- ولو حلف لا يأكل هذا الطعام مادام في ملك فلان فباع فلان بعضه ثم أكل الحالف ما بقي منه، لا يحنث؛ لأن شرط حنثه الأكل حال بقاء الكل في ملكه فلم يوجد.

٦١٥- ولو حلف لا يأكل خبزاً فأكل قرصاً يقال له بالفارسية: "كليجة"، أو أكل نواله، قال محمد رحمه الله[3]: لا يحنث، وكذا لو أكل ثريداً.

٦١٦- ولو حلف لا يأكل الرمانة فمصها[4] لا يحنث؛ لأن الأكل

مذنبا، وما إذا حلف لا يأكل بسرا فأكل رطبا مذنبا فإنه يحنث في هاتين عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف، وجه قول أبي يوسف: إن البسر المذنب لا يسمى رطبا، لأن الرطب فيه مقلوب وأن الرطب الذي فيه شيء من البسرية لا يسمى بسرا فلم يفعل المحلوف عليه فلا يحنث، وكذا لا يحنث في شرائهما بحلفه لا يشتري بسرا أو رطبا (فتح القدير ١١٢/٥، دار الكتب العلمية).

[1] - وفي (ن، ع): "يصادق"، انظر للتفصيل: (البحر ٣٢٠/٤).

[2] - وفي (ن، ع): غير واضح وفي (م): "والإساء"، والصواب ما كتبناه من البحر الرائق ٣٤٧/٤.

[3] - وفي فتاوى النوازل لأبي الليث السمرقندي (ص:٢٤٨): "محمد بن سلمة".

[4] - وفي العناية: واعلم أن ما يصل إلى جوف الإنسان لا يخلو عن أربعة أوجه: مأكول، ومشروب، وممصوص، وملعوق، فالمأكول ما يتأتى فيه المضغ والهشم لا الممضوغ حتى لو ابتلع ما يتأتى فيه المضغ من غير مضغ يسمى

هو المضغ والابتلاع، وكذا السكر والعنب إذا رمى قشره، ولو ذاقه بفمه لا يحنث[1] في يمين الأكل والشرب، وفي يمين البيضة يتناول البياض والصفرة.

٦١٧- ولو حلف:[2] لا يأكل خبز فلان فأكل خبزاً وهو مشترك بينه وبين آخر يحنث، ولو قال: رغيف فلان لا يحنث؛ لأن الرغيف اسم لجميع أجزائه، ولو قال: طعام فلان فباع فلان طعامه له ثم أكل حنث إن أراد به ما زرعه.

٦١٨- ولو حلف لا يأكل لحم شاة فأكل لحم غير شاة[3] يحنث؛ لأن الشاة اسم جنس، وفي الفتاوى قال: لا يحنث وعليه الفتوى، وكذا في الجاموس، وفى عكسه لا يحنث.

٦١٩- ولو حلف لا يأكل لحماً فأكل سمكاً في القياس يحنث[4]،

أكلاً، والمشروب ما لا يتأتى فيه ذلك فلو حلف لا يأكل لبنا فشربه لا يحنث، والممصوص هو ما يحصل بعلاج اللهاة، فلو حلف لا يأكل عنبا أو رمانا فمضغه ورمى ثقله وابتلع ماء لم يحنث لا في الأكل ولا في الشرب، والملعوق هو ما يتناول بالحبس بالإصبع والشفاه (العناية مع فتح القدير ١٠٩/٥، دار الكتب العلمية).

[1] - وفي (ن، ع): "لم يحنث".

[2] - وفي (م): "قال" محل "حلف".

[3] - وفي فتاوى النوازل (٢٤٨): "فأكل لحم ماعز".

[4] - ولا يحنث استحساناً كذا في الهداية (الهداية مع فتح القدير ١١٢/٥، دار الكتب العلمية).

ولو أكل لحم خنزير يحنث أيضاً؛ لأنه لحم ولكنه حرام، واليمين قد تعقد للمنع من الحرام، كمن حلف لا يشرب الخمر، والرأس والأركاع لحم في يمين الأكل وليس بلحم في يمين الشراء، والكبد والطحال والكرش [لحم][١] في بلد يباع ذلك مع اللحم وإلا فلا.

٦٢٠- ولو حلف لا يأكل حلواً فأكل شيئاً له حلاوة يحنث. ولو أكل البطيخ[٢] لا يحنث، ولو حلف لا يأكل حلواء بالمد يحنث من المطبوخات الحلو، ولا يحنث بالسكر والفانيذ[٣] والزبيب.

٦٢١- ولو حلف لا يأكل خلا فاتخذ زيرباجاً[٤] منه فأكلها لم يحنث، بخلاف ما إذا حلف لا يأكل فلفلا فأكل طعاماً فيه فلفل إن وجد طعمه يحنث، ولو حلف لا يأكل ملحاً فأكل طعاماً مالحاً يحنث، قال الفقيه أبو الليث[٥]: لا يحنث مالم يأكل عين الملح بالخبز وعليه الفتوى.

٦٢٢- ولو حلف أن لا يأكل [من][٦] هذه الحنطة فأكل من خبزها لم يحنث حتى يأكل عين الحنطة قضماً؛ لأن حقيقتها مستعملة [فإنها][٧]

---

[١] - ما بين القوسين زدناه من فتاوى النوازل (ص:٢٤٩).

[٢] - وفي (ن،ع): " الطبخ".

[٣] - وفي (ن،ع): "النابيذ".

[٤] - وفي (ن،ع): "ربرجا".

[٥] - قد مرت ترجمته في الجزء الأول من الكتاب.

[٦] - ما بين القوسين زدناه من الهداية (الهداية مع فتح القدير ١١٦/٥، دار الكتب العلمية).

[٧] - زدناه من المصدر السابق.

تقلى وتغلى وتؤكل قضماً فلا يصار إلى مجازه، كما لو حلف لا يأكل من هذه الشاة لا يحنث بلبنها وسمنها، وقالا: يحنث فيهما جميعاً لعموم المجاز، كما لو حلف أن لا يضع قدمه في دار فلان فدخلها حافياً أو راكباً يحنث.ولو أكل من دقيقها لا يحنث؛ لأن حقيقتها مهجورة فيصار إلى مجازه وهو خبزها.

٦٢٣- ولو حلف لا يأكل حراماً فغصب شاة[1] فأكلها يحنث؛ لأن الحرام في اليمين هو الحرام المطلق عند الكل لا شبهة فيه. وإن غصب حنطة فطحنها[2] ثم أكله قبل أداء الضمان يحنث أيضاً؛ لأن الحرمة باقية قبل أداء الضمان. ولو باع ذلك الشيء بشيء آخر فأكل ذلك الشيء لم يحنث؛ لأنه ليس بحرام مطلق.

٦٢٤- رجل معه دراهم فحلف أن لا يأكلها فاشترى بها فلوساً ثم اشترى بالفلوس شيئاً آخر لم يحنث.

٦٢٥- ولو قال لوالديه: والله لا آكل من مالكما فماتا فورث منهما مالاً فأكله لم يحنث؛ لأنه أكل مال نفسه.

٦٢٦- ولو حلف لا يأكل غزل فلانة فباعت فلانة غزلها فأكل من ثمنه لم يحنث، ولو حلف لا يأكل مما زرع فلان فباع فلان زرعه فأكله يحنث.

٦٢٧- ومن حلف لا يأكل من كسب فلان فورث الحالف ماله،

---

[1] - وفي (م): "شاة" ساقط.

[2] - وفي (ن، ع): "فطبخها".

ينظر إن كانت التركة ميراثاً من آخر لم يحنث، وإن كانت حصلت في يده بشراء أو صدقة أو وصية يحنث، ومهر المرأة وأروش الجراحات من كسبها.

ومن حلف لا يذوق طعاماً ولا شراباً فذاق أحدهما يحنث، وقيل: لا يحنث بأحدهما إذا نوى الكل وعليه الفتوى.

٦٢٨- ومن حلف لا يأكل مع فلان طعاماً لم يحنث ما لم يأكل معه في إناء واحد، وفي يمين الشرب يحنث إذا شرب معه في مجلس واحد.

٦٢٩- ولو حلف[١] لا أشرب هذا الماء فانجمد فأكله لم يحنث؛ لأنه لم يبق اسم الماء، ولو ذاب ثم شرب يحنث.

٦٣٠- ولو حلف لا يشرب من هذه القرية فشرب من كرومها أو ضياعها إذا كانت متصلة بالعمرانات يحنث.

٦٣١- ولو حلف لا يشرب مسكراً فصب في حلقه مسكر[٢] ودخل في جوفه بغير فعله لا يحنث، ولو أمسكه ثم شربه يحنث.

رجل تشاجر مع امرأته وهو يشرب من لبن بقرها فقال: اكر من شير تو خورم[٣] فأنت طالق ثم شرب لبن بقرتها يحنث.

٦٣٢- ولو خطب امرأة وقال: إن شربت الخمر إلى ستة أشهر

---

[١] - وفي (م): "قال" محل "حلف".

[٢] - وفي النسخ الثلاث: "مسكرا أو" والصحيح ما كتبناه.

[٣] - وفي (ن، ع): "خورم".

حلال بر[1] من حرام ثم تزوجها فشرب الخمر قبل المدة لا تطلق امرأته؛ لأنه لم يضف اليمين إلى الملك ولا إلى سبب الملك.

٦٣٣- رجل حلف أن لا يشتري بقلاً فاشترى أرضاً فيها بقل حنث، ولو حلف لا يشتري آجراً فاشترى داراً مبنية بالآجر لا يحنث[2].

٦٣٤- ولو حلف لا يشتري صوفاً ولبناً فاشترى شاة في ضرعها لبن لا يحنث.

٦٣٥- ولو حلف لا يبيع شيئاً فأمر غيره فباعه لا يحنث بخلاف النكاح؛ لأن الحقوق تتعلق بالعاقد في البيع، وإن كان الحالف من الأشراف وهو لا يبيع بنفسه حنث بأمر غيره، ومن حلف لا يبيعه فباع نصفه لا يحنث، فكذا في الشراء.

٦٣٦- رجل أراد أن يشتري ثوباً فقال البائع: والله لا أبيع[3] بعشرة ثم باعه بتسعة لا يحنث.

ولو قال المشتري: والله لا أشتريه بعشرة فاشتراه بأحد عشر يحنث؛ لأنه اشتراه بعشرة وزيادة.

٦٣٧- ولو قال: والله لا أبيعه إلا بعشرة فباعه بتسعة حنث.

٦٣٨- ولو قال: لا أشتريه إلا بعشرة فاشتراه بأحد عشر حنث.

٦٣٩- ولو حلف لا يشتري لامرأته ثوباً فاشترى خماراً لا يحنث؛ لأن الخمار لا يسمى ثوباً.

---

[1] - وفي (ن، ع): غير واضح.

[2] - زيد في (ن، ع): "وفي شراء الحائط يحنث".

[3] - في النسخ الثلاث: "يبيع" والصحيح ما كتبناه.

٦٤٠- رجل قال: إن اشتريت هذا العبد فهو حر فاشتراه بالخيار يعتق، وفي خيار البائع لا يعتق.

٦٤١- رجل حلف أن لا يتزوج فزوجه أبوه لا يحنث، بخلاف ما إذا وكله حيث يحنث، عبد حلف أن لا يتزوج فزوجه مولاه وهو كاره فيه لا يحنث.

٦٤٢- ولو حلف مولاه أن لا يزوج عبده فزوجه غيره فأجازه المولى بالقول يحنث.

٦٤٣- ولو حلف لا يزوج بنته الصغيرة أو أمته، عن محمد رحمه الله أنه لا يحنث بالتوكيل ولا بالإجازة، وعند أبي يوسف رحمه الله يحنث بهما، وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يحنث بالتوكيل في الصغيرة ولا يحنث في الكبيرة.

٦٤٤- رجل حلف أن لا يتزوج فزوجه فضولي فأجازه بالقول يحنث، وإن أجازه بالفعل لا يحنث مثل[١] بعث المهر والهدية إليها دون الوطي والقبلة، فإن ذلك حرام قبل أن يعقد العقد.

٦٤٥- رجل حلف أن لا ينام حتى يقرأ كذا فنام جالساً من غير قصد لا يحنث؛ لأنه لا يمكن الاحتراز عنه.

٦٤٦- ولو حلف أن لا يأخذ من فلان درهماً فأخذ منه فلوساً فيها درهم وهو لا يعلم بذلك يحنث، ولو أخذ منه دقيقاً فيه درهم وهو لا يعلم بذلك لا يحنث؛ لأن الدراهم قد تجعل عادة في الفلوس ولا تجعل

---

[١] - وفي (ن، ع): "قبل" محل "مثل".

عادة في الدقيق.

٦٤٧- أكار أو وكيل حلف أن لا يسرق فأخذ الفواكه من الكرم إلى بيته للأكل لا يحنث؛ لأنه لا يكون سرقة، ولو أخذ من الحبوب [للأكل][1] لا للحفظ يحنث.

٦٤٨- ولو حلف أن لا يعمل مع فلان فعمل مع شريكه يحنث، ولو عمل مع عبده الماذون لا يحنث.

٦٤٩- رجل حلف أن لا يشاركه مع فلان ثم ورث شيئاً معه لا يحنث.

٦٥٠- رجل حلف أن لا يزرع في هذه القرية لا يحنث بالحصاد والدياس، ولا يزرع بأجرة ولا مزارعة، ولا يحنث بغلامه وأجيره الذي يعمل له عند اليمين.

٦٥١- رجل حلف لا يكون مزارعاً لفلان أو لا يكون أكارا[2] له وهو مزارع له إن نقض العهد من فوره لا يحنث.

٦٥٢- ومن حلف لا يخاصم أو لا يصالح فوكل من فعله لا يحنث بخلاف الهبة والقضاء حيث حنث به.

٦٥٣- رجل حلف وقال لامرأته: إن اغتسلت منك فعلي كذا فجامعها في المفازة فتيمم حنث.

٦٥٤- رجل حلف أن لا يعير ثوبه من فلان فأعار وكيله يحنث وبه يفتى.

---

[1] - ما بين القوسين زدناه من فتاوى النوازل (٣٥٢) تصحيحاً للمتن.

[2] - وفي النسخ الثلاث غير واضح ولعل الصواب ما كتبناه.

٦٥٥- رجل حلف بطلاق امرأته أن لا ينظر إلى حرام فنظر إلى وجه امرأة أجنبية لا تطلق امرأته؛ لأن النظر إلى وجه الأجنبية يجوز ويكره.

٦٥٦- رجل حلف أن لا ينظر إلى وجه فلانة فنظر إليها في النقاب، قال محمد رحمه الله: لا يحنث ما لم يكن أكثر وجهها مكشوفاً، رجل حلف لا ينظر إلى فلان فنظر في مرآة فرآه لم يحنث.

٦٥٧- ولو حلف لا يلبس من غزل فلانة فلبس عمامةً من غزلها لا يحنث عند محمد رحمه الله، وكذا عند أبي يوسف في الذرة والعروة والتّكة[١].

٦٥٨- ومن حلف ليضربن فلاناً بالسيف فضربه بعرضه بر في يمينه، وإن ضربه وهو في غمده لم يبرّ.

٦٥٩- رجل حلف أن لا يسلم الشفعة وسمع البيع وسكت بطلت شفعته ولا يحنث به؛ لأن شرط الحنث التسليم فلم يوجد.

٦٦٠- وكذا لو حلف لا يأذن لعبده ثم رآه يبيع ويشتري وسكت صار مأذوناً ولا يحنث به.

٦٦١- رجل قال: أكره امرأتى على هبة مهرها فوهبته ثم ادعى الزوج الهبة، هل يسع أن يحلف المرأة بأنها لم تهب مهرها، ينبغي للمرأة أن تقول لزوجها عند القاضي: أيدعي هبة بالطوع أم بالكره؟ فإن ادعى الهبة بالطوع فلها أن تحلف ما وهبت عن طوع[٢]؛ لأنها صادقة

---

[١] - وفي (ن، ع): "في الذر والفروة والسكة".

[٢] - وفي (ن، ع): "تطوع".

فيه، وهو المختار.

ومن هذه تعرف كثير من المسائل:

٦٦٢- ولو حلف لا يكلم فلاناً دهرا توقف أبو حنيفة رحمه الله في المنكر في رواية[1]، وعندهما المنكر يقع على ستة أشهر، والمعرف على الأبد في الأيام والشهور والسنين، المعرف يقع على العشرة عند أبي حنيفة رحمه الله[2]، وعندهما يقع على الجمعة والسنة والعمر، والمنكر منهم يقع على ثلاثة من كل نصف بالإجماع، والله أعلم.

---

[1] - أي لو حلف لا يكلمه دهرا ولم ينو مقدارا معينا فهو على ستة أشهر عندهما، وتوقف أبوحنيفة في رواية، وقال: لا أدري ما هو؟ وفي رواية: لا فرق على قول أبي حنيفة بين قوله: دهرا، وبين قوله: الدهر، أي توقف أبوحنيفة فيهما، والصحيح أن هذا الاختلاف في المنكر فقط، وأما المعرف بالألف واللام بالاتفاق إلى الأبد (ر: العناية وفتح القدير ١٤٤/٥-١٤٥، دار الكتب العلمية).

[2] - أي لو حلف لا يكلمه الأيام فهو على عشرة أيام عند أبي حنيفة وكذلك الشهور والسنين والدهور والأزمنة للتعريف ينصرف إلى عشرة من تلك المعدودات، وفي الأزمنة يلزمه خمس سنين، لأن كل زمان ستة أشهر عند عدم النية، وقالا: في الأيام ينصرف إلى أيام الأسبوع، وفي الشهور إلى اثني عشر شهراً، وفي السنين والدهور والأزمنة ينصرف إلى جميع العمر وهو الأبد (فتح القدير ١٤٦/٥، دار الكتب العلمية).

مسائل متفرقة

٦٦٣- سئل أبو حنيفة رحمه الله عن رجل دخل عليه السرَّاق وأخذوا أمواله وحلفوه أن لا يخبر بهم[١] فأمر أبو حنيفة رحمه الله أن يكتب اسماء جيرانه وعرضوا عليه كل من كان سارقاً إذا سئل عنه سكت ففعلوا وخرج المتاع.

٦٦٤- وعن الحسن أنه علم أن الملك يحلف، فكتب على كفه اليسرى اسم ملك، ويقول عند التحليف: لا أخالف هذا الملك وأشار بيمينه إلى يساره.

٦٦٥- وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه حلف لأبي جعفر، وقال في آخره: حتى تقوم الساعة، عنى خطابه.

٦٦٦- وعن النخعي أنه كان متوارياً عن الحجاج فجاء طالب منه فخط خطا مدورا، فقال لخادمته قولي: ليس هناك يعني الخط.

٦٦٧- رجل هرب في دار رجل فحلف صاحب الدار ما أدري أين هو؟ وأراد به من أي مكان من هذه الدار لا يحنث.

٦٦٨- وعن عبد الرحمان بن عوف رضي الله عنه حلف أن لا يكلم عثمان رضي الله عنه وكان إذا مر به يقول: يا حائط أصنع كذا.

٦٦٩- رجل حلف أن لا يكلم فلاناً فصلى وسلم سلام الصلوة وهو خلفه لا يحنث؛ لأنه لا يسمى كلاماً؛ لأن رضاه شرط والسلام

[١] - وفي (م): "لا يخبرهم".

واجب عليه.

٦٧٠- رجل قال لآخر: كم أكلت من تمري؟ فقال: خمسة وقد أكل عشرة لا يكون كاذباً؛ لأن الخمسة فيها داخلة، ولهذا لو حلف بالطلاق والعتاق لا يحنث، ولو قال: ما أكلت إلا خمسة يكون كاذباً[١].

٦٧١- رجل أراد أن يتزوج امرأة وله امرأة وأهل المرأة يقولون: لك امرأة، فالحيلة فيه أن يبعث امرأته إلى مقبرة ثم يحلف وقال: كل امرأة لي سوى ما في المقبرة فهي طالق ثم تزوجها لا يحنث.

٦٧٢- سلطان أخذ مال الغير ظلماً وحلفه أن لا يخاصم فيه بعده، فالحيلة فيه أن يخاصم غيره عنه بغير أمره وهو يقول للقاضي: قد حلفني كذا وكذا حتى يعلم القاضي حاله فيأمره برده بخصومة غيره.

٦٧٣- رجل حلف أن لا يتكفل أحداً، ينبغي أن يقول: إن كفلت فعليّ أن أتصدق بفلس، فإذا طلبوا منه كفالة[٢] يقول: علي يمين أن لا أكفل ولو اضطر إليها يتكفل ويتصدق بفلس.

٦٧٤- رجل حلف أن لا يشتري جارية فاشترى نصف الجارية واستوهب النصف الآخر لا يحنث، وأبو يوسف رحمه الله أخذ في هذه المسئلة عشرة ألف[٣] درهم.

٦٧٥- وحكي عن أبي حنيفة رحمه الله، قال للحسن بن زياد:

---

[١] - وفي (ن، ع): "يحنث".

[٢] - وفي (ن، ع): "كفيلاً" محل "كفالة".

[٣] - وفي (ن، ع): "عشرون آلاف".

إني أسئلك عن شيء فإن أجبت عنه فإنك تقدر على تعلم الفقه، ثم قال: إن امرأة ولدت ولدين لا حيين ولا ميتين فقال الحسن: أحدهما حي والآخر ميت واستحسنه.

٦٧٦- قال أبوسليمان: يكره للرجل أن يقول: ما الحيلة في هذه المسئلة، ولكن يقول: ما المخرج وما المخلص فيها؟ وليس لأصحابنا كتاب الحيلة.

٦٧٧- وأبوحنيفة رحمه الله لم يقطع جواب مسائل معدودة، فقال: لا أدري ما الدهر؟ ومحل أطفال المشركين، وإذا بال الخنثى من الفرجين معاً أ ذكر أم أنثى؟ والملائكة أفضل أم الأنبياء؟ ومتى يصير الكلب معلماً؟ وحكم سؤر الحمار، ومتى يطيب لحم الجلالة؟ وتوقف في هذه المسائل مع جلالة قدره وعلو مرتبته في العلم وغاية ورعه في الزهد حيث توقف ولم يشتغل بالجواب، [والتوقف][١] عند عدم الدليل نوع علم، قال الله تعالى: ﴿ولا تقف ما ليس لك به علم﴾[٢]، وقيل: ومسئلة الجد[٣] من هذا القبيل فإنه توقف فيه لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم، ولهذا كره بعض العلماء المتورعين الفتيا والكلام في الجد.

٦٧٨- رجل حلف أن لا[٤] يهب لفلان فوهب له شيئاً وهو لا يقبل يحنث في يمينه؛ لأنه عقد تبرع والتبرعات يتم بوجود فعل المتبرع ولا

---

١ - ما بين القوسين زدناه من فتاوى النوازل: ٢٥٤، دار الإيمان.

٢ - الإسراء: ٣٦.

٣ - وفي (ن، ع): "الجلد".

٤ - وفي (ن): "لا" ساقط.

يتوقف على القبول كالهبة، والصدقة، والإقرار، والقرض، والوصية وغيرها.

٦٧٩- رجل حلف أن لا يكلم فلاناً فكلمه وهو نائم يحنث؛ لأنه كلمه مع أنه لا يفهم كما من[١] لم يفهم لتغافله، وبعضهم شرطوا السماع.

٦٨٠- رجل حلف أن لا يضرب امرأته فمد شعرها أو خنقها أو عضّها أو قرصها حنث؛ لأن الضرب اسم لفعل مؤلم، وقد يتحقق الإيلام بهذه الأشياء، وإن كان في حالة الملاعبة لا يحنث؛ لأنه ممازحة، وكذا إذا قصد ضرب غيرها فأصابها، قال الفقيه أبو الليث رحمه الله: إذا كان يمينه بالفارسية لم يحنث بهذه الأشياء مالم يضربها، ولو ضرب بعد الموت لم يحنث، لما بينا أن الضرب هو المؤلم، وذا لا يتحقق بعد الموت، والذي يعذب في القبر بعد الموت يوضع فيه الحياة بقدر ما يتألم لا الحياة الحقيقية.

٦٨١- ولو قال: لأضربنك حتى أقتلك فهو على المبالغة على الضرب دون القتل.

٦٨٢- ولو قال لها: أكر ترا بخون خاك آلوده نكنم فأنت طالق فضرب على أنفها حتى سال رعافها[٢] بر في يمينه.

ولو قال لها: أكر ترا بي جرم بزنم فأنت طالق فجاءت بقصعة مرقة فسال بعضها عليه خطأ فضربها لم يحنث.

---

[١] - وفي (م): "هو".

[٢] - وفي (ن، ع): "دماً فيها".

٦٨٣- رجل حلف أن لا يضرب ولده فأمر إنساناً فضربه لا يحنث، وفي العبد يحنث بأمره؛ لأن منفعة الضرب راجعة إلى الأمر فيجعل كأنه باشر بنفسه؛ لأن منفعة الضرب الإيتمار والانقياد وهي عائدة[١] إلى الآمر فيضاف الفعل إليه، وفي ضرب الولد منفعته عائدة إلى الولد وهو التأدب به فلا يضاف الفعل إلى الآمر.

٦٨٤- ومن حلف أن لا يتزوج أو لا يطلق فوكل في من فعل ذلك حنث؛ لأن الوكيل سفير فيه وحقوق العقد [ترجع][٢] إلى المؤكل، بخلاف البيع والشراء بحيث[٣] لا يحنث بفعل الوكيل؛ لأن حقوق العقد يرجع إلى الوكيل لأنه هو العاقد.

٦٨٥- ولو حلف لا يكتب إلى فلان فأمر غيره فكتب إليه يحنث إن لم يرد كتابه بنفسه.

٦٨٦- ومن حلف لا يكتب بهذا القلم فكسر رأسه ثم براه ثانياً فكتب به لم يحنث.

٦٨٧- ومن حلف لا يفعل كذا، تركه أبداً؛ لأنه نفى الفعل مطلقاً، فيعم الامتناع ضرورة عموم النفي كما في النهي المطلق.

٦٨٨- وإن حلف ليفعلن كذا ففعل مرة واحدة بر في يمينه؛ لأن الملزوم[٤] فعل واحد غير عين فيبر بأي فعل فعله إذ المقام مقام الإثبات

---

[١] - وفي (ن، ع): "عادة".

[٢] - ما بين القوسين زدناه تصحيحاً للمتن.

[٣] - وفي (ن، ع): "بحيث" ساقط.

[٤] - وفي (ن، ع): "الملزم".

كما في الأمر المطلق.

٦٨٩- ولا يتحقق الحنث إلا بموت الحالف أو بفوات المحل؛ لأن البر قبله مرجو في كل ساعة فلا يتحقق اليأس إلا بأحد هذين الشيئين.

٦٩٠- وإن حلف ليقتلن فلاناً، وفلان ميت، وهو عالم بموته حنث؛ لأنه عقد يمينه على حياة يحدثها الله تعالى فيه، وهو متصور في الجملة فينعقد لتصوره ثم يحنث لعجزه عادة، وإن لم يعلم لا يحنث؛ لأنه عقد يمينه على حياة كانت فيه ولا يبقى هذا بعد الموت.

٦٩١- وإن وقت يمينه باليوم لم يحنث ما لم يمض اليوم، وعند أبي يوسف رحمه الله يحنث في الحال، فإن مات قبل مضي اليوم بر في يمينه بالإجماع، والقياس أن يكون هذه المسئلة مسئلة[١] الكوز وهي إن حلف إن لم أشرب الماء الذي في هذا الكوز فعلي كذا، وليس في الكوز ماء لم يحنث، والصحيح أن العلم ليس بشرط في تلك المسئلة، وهو قول أبي حنيفة وزفر رحمهما الله، وعن أبي يوسف رحمه الله إن كان لا يعلم به انعقدت يمينه فحنث، وإن كان عالماً بعدمه يحنث بالإجماع، فإن كان وقّت يمينه باليوم وفيه ماء فأهريق قبل مضي اليوم لم يحنث، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقال أبو يوسف رحمه الله: حنث في ذلك كله؛ لأن تصور البر ليس بشرط لانعقاد اليمين عنده، حتى لو حلف لأمس السماء يصح يمينه، ولو مات الحالف قبل مضي اليوم لا

[١] - وفي (ن): "مسئلة الكوز" ساقط.

يحنث بالإجماع، والفقه فيه أن الكفارة حكم اليمين كما أن البر حكمه فينعقد اليمين لأحدهما عنده، وعندهما تصور البر فيه شرط؛ لأن الحكم الأصلي في اليمين البر فإذا فات البر يصار إلى الكفارة لأنها خلف عنه، فإذا لم ينعقد الأصل لعدم تصوره لا ينعقد الحلف[1]، ولهذا لا ينعقد يمين الغموس للكفارة عندنا؛ لأنه لا[2] يتصور فيه البر، والله أعلم.

---

[1] – وفي النسخ الثلاث: "للحلف" ولعل الصواب ما كتبناه.

[2] – وفي (ن، ع): "لا" ساقط.

كتاب الحدود

٦٩٢- الحد هو المنع لغة، ومنه سمي البواب حدادا لمنعه الناس عن الدخول في البيت، وسميت العقوبات حداً لكونها ما نعة عن ارتكاب المحرم.

٦٩٣- والمقصود في مشروعيتها الانزجار عما يتضرر به العباد، وإخلاء العالم عن الفساد، والطهرة ليست بمقصد أصلي، ولهذا شرع في حق الكفار.

٦٩٤- وفي الشريعة هو اسم لعقوبة مقدرة يجب حقاً لله تعالى حتى لا يسمى القصاص حدا لما أنه حق العبد، ولا التعزير لعدم التقدير.

٦٩٥- وأسباب الحدود ما تضاف إليها كحد الزنا يضاف إلى الزنا[١]، والقطع في السرقة يضاف[٢] إليها.

٦٩٦- والزنا إتيان الرجل في قبل المرأة في غير ملك، ولا شبهة ملك[٣]، ولا شبهة نكاح[٤]، ولا شبهة اشتباه[٥].

---

[١] - وفي (ن، ع): "يضاف إلى الزنا" ساقط.

[٢] - وفي (م): "يضاف إليها" ساقط.

[٣] - أي شبهة ملك اليمين، ما إذا وطي جارية ابنه أو مكاتبه أو عبده المأذون المديون (ر: العناية مع فتح القدير ١٩٧/٥، دار الكتب العلمية).

[٤] - شهبة ملك النكاح ما إذا وطي امرأة تزوجها بغير شهود أو بغير إذن مولاها وما أشبهه (المصدر السابق).

[٥] - شبهة الاشتباه ما إذا وطي الابن جارية أبيه على ظن أنها تحل له

٦٩٧- ثم الزنا يثبت بالبينة والإقرار، والمراد بثبوته عند الامام البينة[١]؛ لأن البينة دليل ظاهر وكذلك الإقرار؛ لأن الصدق مرجح لاسيما فيما يتعلق بثبوته مضرة، والوصول إلى العلم القطعي متعذر فيكتفي بالظاهر.

٦٩٨- فالبينة أن تشهد أربعة من الشهود على رجل أو امرأة بالزنا بالنص[٢] إذا جاؤا مجتمعين، فإن جاؤا واحداً[٣] بعد واحد لم تقبل شهادتهم، وحدوا حد القذف، بخلاف الإقرار، أقر كل يوم مرة أو كل شهر مرة حتى يتم أربع مرات يصح إقراره ويقام عليه الحد.

٦٩٩- وإن نقص عدد الشهود عن أربعة حدوا حد القذف؛ لأنه لا يحد بدون العدد؛ لأن في اشتراط الأربعة من الشهود والإقرار تحقيق معنى الستر وهو مندوب إليه، وإشاعة الفاحشة ضده فيستقصى[٤] في ذلك درأ للحد، فيسألهم الإمام عن الزنا ما هو، وكيف هو، وأين زنا، ومتى زنا[٥]، وبمن زنا؟ فإذا نصوا ذلك[٦]، وقالوا: رأيناه وطيها في فرجها كالميل في المكحلة، وقال في الجامع الصغير: إن قالوا تعمدنا النظر فيه

(المصدر السابق).

[١] - وفي (ن، ع): "البينة" ساقط.

[٢] - أي قوله تعالى: ﴿فاستشهدوا عليهن أربعة منكم﴾ (النساء: ١٥).

[٣] - وفي (م): "واحدة".

[٤] - وفي (ع): "فيستقصر" مكان "فيستقصى".

[٥] - وفي (ن، ع): "ومتى زنا" ساقط.

[٦] - وفي (م): "استوا ذلك".

تقبل شهادتهم[1]؛ لأن تعمد النظر إلى العورة مطلق لإقامة الحد؛ لأنه لا يمكنهم التحمل إلا بالنظر إليه فأذن الشرع في ذلك للضرورة كنظر الطبيب والقابلة، ولا تفاوت[2] بين كون الزاني فحلاً أو خصياً أو عنيناً، وإن شهد الشهود على إقراره الأربع لم تقبل شهادتهم، وإن شهد أربعة بالزنا ثم أقر الزاني مرة واحدة بطلت شهادتهم في قول أبي يوسف رحمه الله، وقالا: لا يبطل حتى يقر أربع مرات ثم يواخذ بإقراره.

٧٠٠- والإقرار أن يقر البالغ العاقل على نفسه بالزنا أربع مرات في أربعة [مجالس من][3] مجالس المقر اعتباراً بالشهادة وتحقيقاً لمعنى الستر.

٧٠١- والمجالس المختلفة وهو أن يذهب المقر حتى يتوارى عن بصر القاضي ثم يجيء ويقر كلما أقر ردّه[4] القاضي بالنص[5]،

---

[1] - الجامع الصغير مع شرحه النافع الكبيــر ص:٢٨٤، إدارة القــرآن والعلــوم الإسلامية، كراتشي باكستان.

[2] - وفي (ن، ع): "ولا يفارق".

[3] - ما بين القوسين زدناه من الهداية (الهداية مع فتح القدير ٢٠٣/٥، دار الكتب العلمية).

[4] - وفي (ن،ع): "رد القاضي إقراره".

[5] - أي ما رواه ابن حبان في صحيحه عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: جــاء ماعز بن مالك إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فقال: إن الأبعد قد زنى، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم: ويلك ما يدريك ما الزنا؟ ثم أمر به، فطــرد، وأخرج، ثم أتاه الثانية، فقال: مثل ذلك، فأمر به فطرد وأخرج، ثم أتاه الثالثة: فقال له مثل ذلك، فأمر به، فطرد وأخرج، ثم أتاه الرابعة، فقال مثــل ذلــك،

ويستحب أن يلقن المقر الرجوع[1].

٧٠٢- والرجل والمرأة في ذلك سواء غير أن المرأة لا ينزع عنها ثيابها صيانة لكشف العورة، والرجل ينزع عنه ثيابه إلا الإزار، والرجل يضرب قائماً والمرأة تضرب قاعدة لقول عائشة رضي الله عنها[2]، والربط والإمساك غير مشروع[3]، ولا يقام الحد في الحر الشديد ولا في البرد الشديد، والحفر للمرأة أحسن وأستر عند الرجم، وتركها لا يضر؛ لأنها مستورة بثيابها، ولا يحفر للرجل فإن هرب في حال الرجم ينظر إن ثبت بإقراره خلي سبيله، وإن ثبت بالبينة اتبع بالحجارة حتى يقتل.

٧٠٣- وولد الزاني ووالديه لا يرجمونه ولو رجموا لا يحرم عن الميراث.

قال: أدخلت وأخرجت؟ قال: نعم، فأمر به أن يرجم (صحيح ابن حبان ٢٤٧/١٠، حديث: ٦٦٥٥، الناشر: مؤسسة الرساله، ونصب الراية ٤٨٩/٣، دار الكتب العلمية).

[1] - يستحب للإمام أن يلقنه ما يكون ذكره دارئا للحد ليذكره كائنا ما كان كما قال عليه الصلاة والسلام لماعز: "لعلك لمستها أو قبلتها" (انظر: الهداية وفتح القدير ٢٠٩/٥، دار الكتب العلمية).

[2] - ولم أجد قول عائشة رضي الله عنها، لعل الصحيح قول علي رضي الله عنه في هذا الباب، وهو ما رواه عبد الرزاق في مصنفه، والبيهقي في السنن الكبرى (٨/ ٥٦٨).

[3] - انظر: الهداية مع الفتح (٥/ ٢٢٢، ٢٢٣).

٧٠٤- والحد كما يسقط بالملك فكذا يسقط بشبهة الملك.

٧٠٥- ثم الشبهة على نوعين: شبهة اشتباه وهي شبهة في الفعل، وهو أن يظن غير الدليل دليلاً، فلا بد من الظن ليتحقق[١] الاشتباه، وهو زنا محض، وإن سقط الحد عنه فيه بشبهة[٢] حتى [لم][٣] يثبت النسب فيه وإن ادعاه، كمن وطي جارية أبيه أو أمه أو زوجته، أو وطي مطلقة ثلاثاً في العدة، أو مطلقة على مال، أو وطي العبد جارية مولاه أو وطي أم ولده في العدة[٤]، أو وطي الجارية المرهونة في رواية كتاب الحدود[٥].

٧٠٦- والثانية شبهة في المحل وتسمى شبهة حكمية، وهو يتحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته، ولا يتوقف على ظن الجاني واعتقاده، وهو ليس بزنا محض حتى يثبت النسب فيه إن ادعاه كمن

---

[١] - وفي (ن، ع): "من النظر لتحقق الاشتباه"، وفي (م): "من النص لتحقيق الاشتباه" والصواب ما كتبناه كما في الهداية (الهداية مع فتح القدير ٢٣٨/٥، دار الكتب العلمية).

[٢] - وفي (م،ن): "بشبهة" ساقطة.

[٣] - ما بين القوسين ساقط من النسخ الثلاث، زدناه تصحيحاً للمسألة، كما في الهداية (الهداية مع فتح القدير ٢٣٨/٥، دار الكتب العلمية).

[٤] - ففي هذه المواضع لا حد عليه إذا قال: ظننت أنها تحل لي، ولو قال: علمت أنها علي حرام وجب الحد كذا في الهداية (الهداية مع فتح القدير ٢٤٠/٥، دار الكتب العلمية).

[٥] - يعني إذا قال المرتهن: ظننت أنها تحل لي لا يحد، وعلى رواية كتاب الرهن لا يجب الحد سواء ادعى الظن أو لم يدع (انظر العناية مع فتح القدير ٢٤٠/٥، دار الكتب العلمية).

وطي جارية ابنه، أو وطي مطلقة بائناً بالكنايات[1]، أو وطي البائع الجارية المبيعة[2] قبل التسليم، أو وطي الجارية الممهورة قبل القبض، أو الجارية المشتركة، أو الجارية المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن[3]. وفي جارية سائر المحارم غير الولادة مثل جارية الأخ والأخت والعم والعمة لا يعتبر الظن فيه[4].

٧٠٧- أما في الأخبار في موضع الاشتباه في أول الوهلة يعتبر الظن كمن زفت إليه غير امرأته، وقالت النساء: إنها امرأتك فوطيها فلا حد عليه، وعليه المهر، والعدة، قضى بذلك علي رضي الله عنه[5]، ولأن في أول الوهلة لا يميز بين امرأته وغيرها[6].

---

[1] - وفي (ن، ع): "الكتاب" محل "الكنايات".

[2] - وفي (م): "المتبوعة".

[3] - وفي هذه المواضع لا يجب الحد، وإن قال: علمت أنها علي حرام، لأن المانع هو الشبهة وهي هاهنا قائمة في نفس الحكم (الهداية وفتح القدير ٥/٢٤٠، دار الكتب العلمية).

[4] - أي لو وطي جارية أخيه أو عمه ونحوهما من كل قرابة غير الولاد كالخال والخالة وقال: ظننت أنها تحل لي حد، لأنه لا شبهة في الملك ولا في الفعل لعدم انبساط كل في مال الآخر، فدعوى ظنه الحل غير معتبرة (فتح القدير ٥/٢٤٤، دار الكتب العلمية).

[5] - قضى بذلك علي رضى الله عنه، قال الزيلعى، قلت: غريب جدا (نصب الراية:٣/ ٥١٦).

[6] - وهذا من باب الشبهة في المحل، لأن الفعل صدر منه بناء على دليل أطلق الشرع له العمل به وهو الإخبار بأنها امرأته فجعل الملك كالثابت لدفع ضرر

٧٠٨- ثم الشبهة عند أبي حنيفة رحمه الله، تثبت بمجرد العقد وإن كان متفقا على تحريمه وهو عالم به، وعند الباقين لا تثبت به إذا علم بتحريمه، ويظهر الاختلاف في كتاب المحارم[١].

٧٠٩- والإحصان شرط في الرجم وهو أن يكون حراً عاقلاً بالغاً قد تزوج امرأة نكاحاً صحيحاً ودخل بها، وفي شرط الإسلام اختلاف، وصفة الإحصان شرط فيهما لوجود الرجم حتى لو كان ثابتاً من أحدهما لا يجب الرجم؛ لأن الرجم أغلظ العقوبات فيستدعي[٢] أغلظ الجنايات وذلك عند توفر النعم وكمال المانع.

٧١٠- وحد العبد نصف حد الحر بالنص[٣]، ونقصان[٤] الجناية لنقصان النعمة.

٧١١- ولو زنا بالغ بمجنونة أو صبية حد الرجل وحده بالإجماع.

٧١٢- ولو طاوعت المرأة للصبي أو للمجنون فلا حد على

الغرور (العناية مع فتح القدير ٢٤٥/٥، دار الكتب العلمية).

١ - فصارت الشبهة على قول أبي حنيفة ثلاثة: شبهة الفعل، وشبهة المحل، وشبهة العقد، وهي: أن يطأ التي تزوجها بغير شهود، أو تزوج خمسا في عقد أو جمع بين أختين بوطء، وقال: علمت أنها حرام لا حد عليه عند أبي حنيفة، وعندهما يجب الحد (فتح القدير ٢٤١/٥، دار الكتب العلمية).

٢ - وفي (ن، ع): "فيدعي".

٣ - وهو قوله تعالى: ﴿فإن أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب ذلك لمن خشي العنت منكم﴾، (النساء: ٢٥).

٤ - وفي (ن، ع): "نقصان الجناية" ساقط.

الرجل ولا على المرأة عندنا؛ لأن فعل الزنا يتحقق منه، وهو أصل فيه، والمرأة محل للفعل وهي تابعة، وقال زفر والشافعي رحمهما الله: يجب الحد عليها، وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله؛ لأن العذر من جانبها لا يوجب سقوط الحد من جانبه فكذا العذر من جانبه.

٧١٣- وإن قال شهود الزنا: تعمدنا النظر إليها قبلت شهادتهم؛ لأنه يباح لهم النظر إليها ضرورة تحمل الشهادة فأشبه الطبيب.

٧١٤- والتقادم يمنع صحة الشهادة[١] عندنا ولا يمنع صحة الإقرار، وهو غير موقت بوقت عند أبي حنيفة رحمه الله، وإنما هو مفوض إلى رأي الإمام في كل عصر، وعن محمد رحمه الله أنه موقت بشهر، وهو رواية عنهما أيضاً وهو الأصح، وكذلك في حد الشرب عند محمد رحمه الله، وعندهما بعد زوال الرائحة لا تقبل[٢].

٧١٥- وحد القذف لا يورث عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله؛ لأن في حد القذف حقان: حق الله تعالى، وحق العبد، وحق الله تعالى غالب عندنا حتى يستوفيه السلطان، وعنده حق العبد غالب حتى يصح عفو المقذوف عنده، وعن أبي يوسف رحمه الله في العفو مثل قول الشافعي رحمه الله، ويجري فيه التداخل عندنا خلافاً له.

٧١٦- والرجوع بعد ما أقر لا يقبل بالاتفاق؛ لأن للمقذوف فيه حقاً وهو دفع[٣] العار والشأن عن نفسه وهو يكذبه بخلاف ما هو خالص

---

[١] - وفي (م): "صحة الإقرار".

[٢] - وفي (ن، ع): "لا يقبل".

[٣] - وفي (م): "رفع".

حق الله تعالى؛ لأنه لا يكذب له فيه[1].

٧١٧- الجلد مع النفي في البكر لا يجتمعان عندنا، وكذا الحد مع المهر خلافاً للشافعي رحمه الله، وما رواه من الحديث منسوخ شطره وهو قوله عليه السلام: "الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة:"[2] والحد مع الرجم لا يجتمعان في المحصن عندنا[3] خلافاً لأصحاب الظواهر.

٧١٨- اللواطة لا توجب الحد عند أبي حنيفة رحمه الله، ولكن يعزر ويحبس على ما يراه الإمام، وإتيان البهيمة لا يوجب الحد ولكن يعزر، ولهذا لا يوجب ستره[4].

٧١٩- وحد الشرب والزنا لا يسقط بالتوبة عندنا.

٧٢٠- أربعة شهدوا على رجل بالزنا[5] ثم أقر بذلك مرة واحدة بطلت الشهادة عند أبي يوسف رحمه الله ولا يحد؛ لأن شرط صحة

---

[1] - انظر للتفصيل: (فتح القدير:٥/ ٢٦٧).

[2] - هو قوله عليه السلام: "خذوا عني، خذوا عني، قد جعل الله لهن سبيلا، الثيب بالثيب جلد مائة، ورمي بالحجارة، والبكر بالبكر جلد مائة، ونفي سنة" (أخرجه مسلم في الحدود حديث:١٢).

[3] - وهو قول مالك والشافعي ورواية عن أحمد (فتح القدير ٢٢٩/٥، دار الكتب العلمية).

[4] - وفي فتح القدير (٢٥٢/٥، دار الكتب العلمية): من وطئ بهيمة لا حد عليه لأنه ليس في معنى الزنا في كونه جناية إذ ليس فيه تضييع الولد ولا إفساد الفراش، ولهذا لا يجب ستر فرج البهيمة.

[5] - وفي (ن،ع): "بالزنا" ساقط.

البينة عند إنكار الخصم وقد انعدم بإقراره مرة واحدة، وقال محمد رحمه الله: لا يبطل ويحد؛ لأن البينة وقعت معتبرة فلا تبطل إلا بإقرار معتبر والإقرار مرة غير معتبر[1].

٧٢١- رجل أعمى دعا[2] امرأته فجاءت غيرها فوطيها يجب الحد؛ لأن المرء يعرف امرأته ظاهراً. ولو قالت: أنا فلانة لا يحد كما لو زفت غير امرأته إليه.

٧٢٢- وإذا زنا الصبي والمجنون بامرأة طاوعته فلا حد عليه ولا عليها، وقال زفر والشافعي رحمهما الله: يجب عليهما الحد، وإذا زنى بالغ بمجنونة أو صغيرة يجامع مثلها حد الرجل خاصة[3].

٧٢٣- إذا استأجر[4] امرأة ليطأها لا يجب الحد عند أبي حنيفة

---

[1] - وفي (ن،ع) "والإقرار مرة غير معتبر" ساقط.

[2] - انظر للتفصيل: (السراجية / ٦٠).

[3] - وقال ابن الهمام: وهذا بالإجماع، انظر: فتح القدير(٥/ ٢٥٩).

[4] - وفي المبسوط: رجل استأجر امرأة ليزني بها فزنى بها فلا حد عليهما في قول أبي حنيفة وقال أبويوسف ومحمد والشافعي: عليهما الحد ... لكن أبو حنيفة احتج بحديثين ذكرهما عن عمر: أحدهما ما روي عن عمر أن امرأة استسقت راعيا فأبى أن يسقيها حتى تمكنه من نفسها فدرأ عمر الحد عنهما، والثاني أن امرأة سألت رجلا مالا فأبى أن يعطيها حتى تمكنه من نفسها فدرأ الحد وقال: هذا مهر (المبسوط للسرخسي ٩٧/٩، دار الفكر) ولكن لم أجد عن عمر بل روي أن امرأة استسقت راعيا فأبى أن يسقيها إلا أن تمكنه من نفسها فقال لعلي: ما ترى فيها؟ قال: إنها مضطرة فأعطاها شيئاً وتركها (أرشيف ملتقى أهل الحديث من المكتبة الشاملة ٣١٣/٣٤).

رحمه الله لحديث عمر رضي الله عنه فقال: "ذلك مهرها" فدرأ الحد عنها.

٧٢٤- لا يجب الحد بالزنا على الإكراه عند أبي حنيفة رحمه الله وهو قولهما، وفي رواية يجب وهو قول زفر رحمه الله؛ لأن الزنا لا يتم إلا بإنتشار الآلة وهو في آلته طائع غير مكره[١]، والقول الأول أصح؛ لأن الزنا لا يكون إلا بالإيلاج وهو في الإيلاج مكره فيسقط الحد.

٧٢٥- اختلاف الشهود في طوع المرأة يسقط الحد عند أبي حنيفة رحمه الله[٢].

٧٢٦- إذا ضرب بعض الحد في الزنا أو في شرب الخمر فهرب، ثم زنا بامرأة أخرى، أو شرب خمراً يحد حداً مستقلاً، وفي القذف إن قذف آخر ثم قدم إن كان المقذوف[٣] الأول حاضراً يكمل[٤] الأول ويحد حداً مستقلاً.

٧٢٧- وفي حد القذف حق الله وحق العبد إلا أن الغالب فيه حق الشرع عندنا حتى لا يجري فيه الإرث والعفو، ويجري التداخل عندنا

---

[١] - وفي الهداية: "لأن الزنا من الرجل لا يتصور إلا بعد انتشار الآلة وذلك دليل الطواعية" وهو أوضح، (الهداية مع فتح القدير ٢٦٠/٥، دار الكتب العلمية).

[٢] - وفي الهداية: شهد اثنان أنه زنى بفلانة فاستكرهها وآخران أنهـا طاوعتـه، فعند أبي حنيفة يندرئ الحد عنهما، وقالا: يحد الرجل خاصة (الهداية مع فتح القدير ٢٧٠/٥، دار الكتب العلمية).

[٣] - وفي النسخ الثلاث: "إن كان مقذوف الأول" ولعل الصواب ما كتبناه.

[٤] - وفي (ن، ع): "بكمال".

خلافاً له، وعند الشافعي رحمه الله حق العبد مغلب فيه[1]، وعن أبي يوسف رحمه الله مثل قول الشافعي في العفو. الواحد إذا قذف جماعة أو قذف واحداً مراراً يكفيه حد واحد عندنا.

٧٢٨- رجل وجب عليه الحد وهو ضعيف الخلقة يخاف عليه الهلاك إذا ضرب كما يضرب الغير، يضرب خفيفاً مقدار ما يحتمله.

٧٢٩- إذا قال لرجل: يا زانية لم يحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله؛ لأنه وصفه بصفة المرأة وذلك لا يتصور من الرجل في الزنا فقد لغا[2].

٧٣٠- وإذا قال لآخر[3]: يا خبيث يجوز أن يقول لا بل أنت، إلا في كلمة توجب الحد مثل أن يقول: يا زاني فقال: لا بل أنت فإنهما يحدان جميعاً، فإن معناه لا بل أنت زان، وإن تجاوز عنه وعفى فهو أفضل.

---

[1] - وفي العناية نقلاً عن المبسوط: لو قذف جماعة في كلمة واحدة بأن قال: يـا أيها الزناة، أو كلمات متفرقة بأن قال: يا زيد أنت زان، ويا عمرو أنت زان، ويا خالد أنت زان لا يقام إلا حد واحد عندنا، وعند الشافعي إن قذفهم بكـلام واحد فكذلك الجواب، وإن قذفهم بكلمات متفرقة يحد لكل واحد مـنهم، لأنـه حق المقذوف عنده فلا يجري فيه التداخل عند اختلاف السبب، وعنـدنا أن المغلب فيه حق الله وهو مشروع للزجر فيجري فيه التداخل كسائر الحقـوق (العناية مع فتح القدير ٥/٣٢٧، دار الكتب العلمية).

[2] - كذا في السراجية / ٦١.

[3] - وفي (ن، ع): "لآخر" ساقط.

وإن قال لامرأته: يا زانية، فقالت: لا بل أنت، حدت المرأة[1] ولا لعان بينهما.

٧٣١- ولو قال لامرأته: يا زانية فقالت: زنيت بك فلا حد ولا لعان.

٧٣٢- ولو قال لرجل: يا زانية يحد عند محمد رحمه الله خلافاً لهما كما مر، ولو قال لامرأته: يا زاني حد بالإجماع.

٧٣٣- ومن قذف امرأة ولها ولد لا يعرف أبوه فلا حد عليه لقيام أمارة الزنا، وكذا إذا قذف رجلاً وهو قد وطي جارية[2] مشتركة أو وطي أمة وهي أخته[3] من الرضاع؛ لأن الحرمة مؤبدة[4] ثابتة بالإجماع.

٧٣٤- وإذا قذف رجلاً وطي أمته المجوسية أو أتى امرأته وهي حائض فعلى القاذف الحد؛ لأن الحرمة مع قيام الملك موقتة فكانت الحرمة لغيره فلم يكن زنا.

٧٣٥- ومن أقر بشرب الخمر بعد ذهاب[5] رائحتها لم يحد عند

---

[1] - أي حدت المرأة خاصة إذا ترافعا، ولا لعان، لأنهما قاذفان وقذف الرجل زوجته يوجب اللعان وقذفها إياه يوجب الحد عليها، وفي البداءة بالحد إبطال اللعان، لأن المحدود في القذف ليس بأهل له ولا إبطال في عكسه أصلاً فيحتال للدرء إذ اللعان في معنى الحد (الهداية وفتح القدير ٣١٨/٥، دار الكتب العلمية).

[2] - وفي (ن، ع): "جارية" ساقط.

[3] - وفي النسخ الثلاث: "لأخته" والصواب ما كتبناه.

[4] - وفي (م): "مؤبدة" ساقط.

[5] - وفي (ن، ع): "زوال" محل "ذهاب".

أبي حنيفة رحمه الله، وكذلك عند أبي يوسف رحمه الله؛ لأن الرائحة شرط عندهما لحديث عبد الله ابن مسعود رضي الله عنه[١].

٧٣٦- وحد السكر وهو أن لا يعقل السكران منطقاً لا قليلاً ولا كثيراً عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه من الحدود يعتبر[٢] إقصاؤها درأ للحد، وقالا: حد السكر هو الذي يهذي ويختلط كلامه، وإليه مال أكثر المشايخ رحمهم الله، وقال الشافعي رحمه الله: يعتبر ظهور أثره في مشيه وحركاته[٣]، وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه كان في مدينة النبي صلى الله عليه وسلم فرأى جماعة وقالوا: وجدنا رجلاً معه ركوة الخمر هل يجب عليه الحد؟ فقال: إن وجدتم آلة الزنا ترجمون؟ فتركوه.

٧٣٧- ولو ارتد سكران لا تبين امرأته؛ لأن الكفر من باب الاعتقاد وذا لا يتحقق بالسكر.

٧٣٨- ولا يقيم المولى الحد على عبده إلا بإذن الإمام عندنا، وله أن يعزّر إذا أساء أدبه[٤] ولا يجاوز به الحد، فكذا في امرأته.

---

[١] - وأثر عبد الله بن مسعود رواه عبد الرزاق في مصنفه والطبراني في معجمه واسحاق في مسنده بلفظ: "جاء رجل بابن أخ له سكران إلى عبد الله بن مسعود، فقال عبد الله: ترتروه، ومزمزوه، واستنكهوه، ففعلوا، فرفعه إلى السجن ثم عاد به من الغد ودعا بسوط، ثم أمر بثمرته فدقت بين حجرين حتى صارت درة، ثم قال للجلاد: اجلد، وأرجع تلك، وأعط كل عضو حقه (نصب الراية (٣/ ٥٣٣، دار الكتب العلمية).

[٢] - وفي (ن، ع): "لا يعتبر".

[٣] - فى (ن،ع): "أطرافه" بعد "حركاته"، فليراجع (الهداية مع الفتح ٥/٢٩٩- ٣٠١).

[٤] - وفي (ن، ع): "إذا ساءوا به".

٧٣٩- وكل شيء صنعه الإمام الذي ليس فوقه إمام آخر فلا حد عليه إلا القصاص وضمان الأموال.

٧٤٠- وإن قال لآخر: يا حمار أو يا خنزير لم يعزّر لتيقنه بالكذب فلا يلحق به الشين. وقيل: إن كان المسبوب من الأشراف كالفقهاء والعلوية يعزّر، وإن كان من العوام لا يعزّر وهذا أحسن ما قيل.

٧٤١- ولو سقى ابنه الصغير خمراً يعزر والده.

٧٤٢- والتعزير أكثره تسعة وثلاثون سوطاً، وأقله ثلاث جلدات، وذكر بعض مشايخنا رحمهم الله أنه غير مقدر بشيء وهو مفوض إلى رأي الإمام، أنه بأي شيء ينزجر به. حتى قيل: تعزير الأشراف كالأئمة والسلاطين، هو الإعلام، وتعزير الفقهاء هو الإشخاص إلى باب القاضي. وتعزير الأوساط هو الحبس، وتعزير العوام هو الضرب، ولا يفرق الضرب في التعزير[1].

٧٤٣- ومن حده الإمام أو عزره فمات فدمه هدر؛ لأنه مامور بأمر الشرع، و[فعل][2] المأمور لا يتقيد بشرط السلامة كالفصاد والبزاغ[3]

---

[1] - قال ابن الهمام: وذكر في المحيط أن محمداً ذكر في حدود الأصل أن التعزير يفرق على الأعضاء، وذكر في أشربة الأصل يضرب التعزير في موضع واحد، ... إذا بلغ غاية التعزير فرق على الأعضاء، وإذا عزر أدنى التعزير كثلاثة ونحوها فيجمع في محل واحد (فتح القدير ٣٣٦/٥، دار الكتب العلمية).

[2] - ما بين القوسين زدناه من الهداية (الهداية مع فتح القدير ٣٣٧/٥، دار الكتب العلمية).

[3] - في الأصل: "البراع" والصواب ما كتبناه.

بخلاف الأب والزوج، إذا أدبه فمات تجب الدية؛ لأنه مطلق فيه والإطلاق يتقيد بشرط السلامة كالمرور في الطريق.

٧٤٤- ولو اجتمع على رجل أربع حدود، قال أبو حنيفة رحمه الله: يبدأ بحد القذف ثم يحبس فإذا برئ منه فالإمام بالخيار بين حد الزنا وحد السرقة فأيهما قدم عن الآخر جاز، فإذا برئ في أحدهما تقام عليه الأخرى ثم يحبس فإذا برئ منه يقام عليه حد الشرب، وإن وجب عليه الرجم يبدأ بحد القذف، ويضمن في السرقة ثم يرجم ويبطل ما عداهما، والله أعلم.

كتاب السرقة

٧٤٥- السرقة هي أخذ مال الغير بغير إذنه على سبيل الخفية والاستسرار، سميت بذلك لأن السارق يطلب غفلة صاحب المال، والسارق مشتق من السرقة فكان مأخذ الاشتقاق علة لحكمه.

٧٤٦- وفي السرقة الكبرى يجب القطع بأخذ مال في مكان لا يلحقه الغوث. وقاطع الطريق يطلب غفلة من التزم حفظ ذلك المكان وهو السلطان، والأخذ في هذه المواضع يكون مسارقة عن السلطان.

٧٤٧- وفي السرقة الصغرى مسارقة عين المالك أو من يقوم مقامه.

٧٤٨- وفي النص إشارة إلى أن العقل والبلوغ في السارق شرط بقوله تعالى: ﴿جزاء بما كسبا نكالاً﴾[١] والنكال لا يكون إلا بالجناية والجناية لا تتحقق بدونهما[٢]، وكون المال المسروق نصاباً من حين السرقة إلى حين القطع، ومحرزاً لا شبهة فيه، وشرط لوجوب القطع هو عشرة دراهم أو ما يبلغ قيمة عشرة دراهم عندنا من النقرة الخالصة، حتى لو سرق تبراً لا يساوي عشرة دراهم مضروبة لا يقطع، وعند الشافعي رحمه الله النصاب ربع الدينار، وعند مالك ثلاثة دراهم.

---

[١] - المائدة: ٣٨.

[٢] - وفي (ن، ع): "بدونها".

٧٤٩- والمعتبر وزن سبعة مثاقيل؛ لأنه مال خطير وما دونه حقير، والإنسان يحفظ الخطير لا الحقير، ولهذا لا يقطع في الفواكه الرطبة ولا فيما يتسارع إليه الفساد كالملح[1] واللبن، وإن سرق ديناراً لا يساوي عشرة دراهم قيل: لا يقطع؛ لأن الأصل عشرة دراهم في باب السرقة.

٧٥٠- والعبد والحر في القطع سواء لإطلاق النص[2]، ويجب بإقراره مرة واحدة عند أبي حنيفة رحمه الله، وإذا سرق قمقمة تساوي عشرة دراهم، وفيها ماء أو نبيذ لم يقطع للشبهة.

٧٥١- ومن سرق من أبويه أو ولده أو ذي رحم محرم منه لم يقطع. وكذلك إذا سرق أحد الزوجين من الآخر، وإن سرق من أمه من الرضاع أو أخته من الرضاع قطع، وفرق أبو يوسف رحمه الله، وقال في الأم: لا يقطع، وفي الأخت يقطع.

٧٥٢- إذا سرق صاحب الحق من مال من عليه الحق ينظر إن سرق من مثل حقه وقدر حقه لا يقطع؛ لأنه استوفى حقه فالحال والمؤجل فيه سواء. وكذا إذا سرق زيادة على حقه؛ لأن فيه تسمية الشركة، وإن أخذ عروضاً[3] قطع؛ لأنه ليس له ولاية الاستيفاء منه إلا

---

[1] - هكذا في النسخ الثلاث والصواب: "اللحم" كما في الهداية (الهداية مع فتح القدير ٣٥٢/٥، دار الكتب العلمية).

[2] - إشارة إلى الآية الكريمة: ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا﴾ (المائدة: ٣٨).

[3] - أي لو أخذ من غير جنس حقه، فإن كان حقه دراهم أو دنانير فأخذ عروضاً قطع، لأنه ليس له أخذها (فتح القدير ٣٦٤/٥، دار الكتب العلمية).

بالرضا، وعند أبي يوسف رحمه الله لا يقطع أيضاً؛ لأنه فيه اختلاف فيورث[1] الشبهة.

٧٥٣- ولو كان حقه دراهم فأخذ دنانير أو على عكسه، في قطعه اختلاف؛ لأنهما جنسان أو جنس واحد فيه اختلاف أيضاً.

٧٥٤- وإذا نقب اللص الدار أو الخص أو القصب فأخذ منه نصاباً قطع. وكذا إذا سرق من السطح؛ لأنه حرز[2]، وكل مكان هو معد بحفظ الأمتعة فيه لا يعتبر فيه الحافظ كالدور والحوانيت والخان والحمام فهو محرز بدون الحافظ، وإن كان فيها مقاصير فأخرج المال من مقصورة إلى صحن الدار قطع؛ لأن كل مقصورة حرز على حدة.

---

[1] - عن ابن ليلى: إن ظفر بخلاف جنس حقه كان له أن يأخذه لوجود المجانسة باعتبار صفة المالية، ومن العلماء من يقول: له أن يأخذه رهنا بحقه، واختلاف العلماء يورث الشبهة (العناية مع فتح القدير ٣٦٦/٥، دار الكتب العلمية).

[2] - الحرز في اللغة عبارة عن المكان الحصين، ويجوز أن يقال هو ما يراد به حفظ الأموال، وهو على نوعين: حرز لمعنى فيه، وهو إنما يكون بالمكان المعد لحفظ الأمتعة والأموال، ويختلف ذلك باختلاف الأموال كالدور والبيوت والصندوق، والحانوت والحظيرة للغنم والبقر، وجميع ما أعد لحفظ الأمتعة، وحرز بالحافظ كمن جلس في الطريق أو في الصحراء أو في المسجد وعنده متاع فهو محرز به ففي المحرز بالمكان لا يعتبر الإحراز بالحافظ، فلو سرق من بيت ماذون له بالدخول فيه لكن مالكه يحفظه لا يقطع (الهداية، والعناية وفتح القدير ٣٧١/٥، ٣٧٢، دار الكتب العلمية).

٧٥٥- قوم نزلوا خاناً فسرق بعضهم من بعض فصاحب[١] المتاع يحفظه أو جعله تحت رأسه لم يقطع، ولو كانوا في مسجد جماعة يقطع، والفرق بينهما أن الخان حرز بنفسه فلا يصير المال محرزاً بالمالك فلابد من الإخراج من الحرز للقطع. وأما المسجد فليس بحرز فيصير المال[٢] محرزا بالمالك فبمجرد الأخذ يقطع.

٧٥٦- وإذا سرق من الحمام نصاباً إذا كان ليلاً يقطع وبالنهار لا يقطع؛ لأن الحمام حرز بالمكان إلا أنه اختل الحرز بالإذن بالدخول فيه.

٧٥٧- ولو سرق منه ثوباً تحت رأس رجل قطع عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه صار محرزاً بالحافظ كما في المسجد، وعند محمد رحمه الله لا يقطع لخلل في الحرز فصار كثوب موضوع فيه، وعليه الفتوى.

٧٥٨- وأما الحمامي إن نام فسرق من الحمام شيء يضمن، وإن كان غير نائم فظن أنه ثوبه يضمن أيضاً، وإن لم يعلم لا يضمن؛ لأنه مودع عنده، وهذا مسئلة الوديعة، وإن نعس قاعداً لا يضمن أيضاً، وكذا الخان والحوانيت[٣] للتجارإذا سرق منهما ليلاً يقطع؛ لأن الإذن مختص بالنهار دون الليل، والمال في هذه المواضع محرز بالمكان حتى

---

[١] - وفي (ن): "نصاب المتاع" مكان "صاحب المتاع"، انظر للتفصيل: فتح القدير (٥/٥٨٧).

[٢] - وفي (ن، ع): "فليس بمحرز بالمالك".

[٣] - وفي النسخ الثلاث: "التجار" والصواب ما كتبناه. انظر للتفصيل: (فتح القدير ٥/٣٨٦).

لا يشترط حضور صاحبه، ولا يجب القطع إلا بالإخراج منه.

٧٥٩- المسافر إذا جمع متاعه في الصحراء وبات عنده يقطع السارق منه؛ لأنه محرز بالحافظ فالمعتبر الحفظ المعتاد[١]، والنائم عند متاعه يعد حافظاً، ولا فرق بين أن يكون صاحبه نائماً أو غير نائم والمتاع تحته أو عنده هو الصحيح. ويقطع الآخذ بمجرد الأخذ ولكن يشترط حضور صاحبه عند الأخذ.

٧٦٠- ولو سرق الجوالق من ظهر الدابة أو سرق الدابة مع الجوالق لا يقطع؛ لأنه ظاهر غير محرز إلا إذا كان مع الدابة من يتبعها فيقطع فيه، وإن شق الجوالق وأخذ ما فيه قطع؛ لأنه محرز بالجوالق.

٧٦١- ومن نقب البيت فأدخل يده وأخذ المال لم يقطع[٢] وإن أدخل يده في الكم، وفي الصندوق وأخذ مالا يقطع[٣].

٧٦٢- ومن نقب البيت بغير إذن صاحب البيت ثم دخل فيه سارق آخر فسرق لم يضمن الناقب؛ لأنه صاحب سبب، والسارق مباشر، كما لو فتح باب القفص وطار الطير منه، وللغاصب والمستودع[٤] أن يخاصم في قطع يد السارق عندنا، خلافاً للشافعي رحمه الله. وكذا المستعير والمستأجر والمستبضع والقابض على سوم الشراء والمرتهن والمضارب وكل من له يد حافظ، ويقطع بخصومة المالك بالاتفاق.

---

[١] - وفي (ن، ع): "المعتاد" ساقط.

[٢] - زيد في (ن، ع): "وعن أبي يوسف رحمه الله يقطع".

[٣] - وفي (ن، ع): "لا يقطع".

[٤] - وفي الفتح: "والمودع" (٣٥٥/٥).

٧٦٣- ولو شق[١] السارق ثوباً في الحرز ثم أخرجه وهو نصاب يقطع عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وعند أبي يوسف رحمه الله لم يقطع.

٧٦٤- ومن سرق شاة فذبحها ثم أخرجها لم يقطع؛ لأن السرقة تمت على اللحم[٢].

٧٦٥- رجل سرق ثوبين قيمة كل واحد منهما تسعة، ينظر إن أخرج أحدهما ثم دخل وأخذ الآخر لم يقطع.

٧٦٦- ولو رآى في الصلوة سارقاً يسرق مال الغير فله أن يقطع الصلوة، وإن لم يقطع يأثم، وكذا إذا أخذ من مال المصلي يجوز قطعها وإن لم يقطع لا يأثم فيه.

٧٦٧- رجل سرق من مورثه شيئاً ثم مات المورث وهو وارثه لا وارث له غيره، لم يؤاخذ في الدنيا ولا في الآخرة؛ لأن الحق انتقل إليه، ولكن إثم السرقة عليه؛ لأنه جنى على مورثه، وهذه المسئلة تدل على أن من له على آخر دين فمنع المديون دينه ظلماً ثم مات صاحب الدين انتقل الدين إلى وارثه، حتى لو أداه إليه أو أبرأه عنه يبرأ، لكن حق الخصومة بالمنع ظلماً باقٍ للميت وهو حق في الآخرة يطلب منه لا في الدنيا[٣].

---

[١] - فى (ن،ع): "ولو سرق".

[٢] - ولكن يضمن قيمتها للمسروق منه (البحر الرائق ٧٢/٥، دار المعرفة).

[٣] - وفي (ن): "لا في الدين".

٧٦٨- القطع مع الضمان لا يجتمعان عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله.

٧٦٩- ومن سرق سرقات فإن حضر المسروق منهم جميعاً قطعت يده بخصومة منهم، ولا يضمن شيئاً بالاتفاق، وإن حضر واحد منهم فقطع فيه فهو لجميعها ولا يضمن شيئاً عند أبي حنيفة رحمه الله، [وقالا:][1] يضمن كلها إلا التي قطع لها.

٧٧٠- وإذا نقصت قيمة المال من النصاب بتراجع السعر سقط القطع عندنا، خلافاً للشافعي رحمه الله؛ لأن النصاب شرط وقت القضاء أيضاً[2].

٧٧١- سارق دخل البيت وأخذ المال أو يريد أن يأخذه فلصاحب المال أن يضربه حتى يلقي المتاع، وإن قاتله يجوز أن يقتله، وكذا الحكم في خارج البيت سواء كان المال قليلاً أو كثيراً إذا كان المال في يده لإطلاق الحديث[3]، وإن كان رماه فليس له أن يقتله.

---

[1] - وفي (م): "ولا" والصواب ما كتبناه كما في الهداية (الهداية مع فتح القدير ٤٠١/٥، دار الكتب العلمية).

[2] - وكذا بعد القضاء قبل الاستيفاء في ظاهر المذهب (انظر: فتح القدير ٣٩٣/٥، دار الكتب العلمية).

[3] - رواه مسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: يا رسول الله! أرأيت إن جاء رجل يريد أخذ مالي؟ قال: "فلا تعطه مالك" قال: أرأيت إن قاتلني؟ قال: "قاتله" قال: أرأيت إن قتلني؟ قال: "فأنت شهيد" قال: أرأيت إن قتلته؟ قال: "هو في النار" (كتاب الإيمان:٢٢٥).

٧٧٢- وإن دخل مكابرة جاز أن يقتله، وقال أبو يوسف رحمه الله له أن ينذره، ويستغيث بالناس ولا يقتله.

٧٧٣- ولو نقب حائطاً ولم ينفذ نقبه حتى علم صاحب البيت فألقى عليه حجراً فقتله لا قصاص عليه، وعليه الكفارة وعلى عاقلته الدية.

٧٧٤- السارق إذا ندم وتاب هل يجوز أن يخبر صاحب البيت بما فعل؟ إن أمن لعدسه يخبره، وإلا يوصل حقه إليه بطريق من غير أن يخبره، وعن عصام[١] أن أميراً سأل عن سارق أتي به، وهو ينكر السرقة، فقال:[٢] على المنكر يمين، فقال الأمير: سارق ويمين فقال: هاتوا بالسوط فلا تضربوه إلا[٣] عشراً فلما ضربوه عشرة أسواط أقر بالسرقة، فقال عصام رحمه الله: سبحان الله! ما رأيت جوراً أشبه بالعدل من هذا، والضرب خلاف الشرع فلا أفتى به.

٧٧٥- سارق وجب عليه القطع فلم يقطع الإمام يده يأثم به؛ لأنه حق الله تعالى فلا يترك.

---

[١] - لعله عصام بن يوسف، توفي سنة ٢١٥هـ ولم أجد تاريخ ولادته، وفي الفوائد البهية هو أخو إبراهيم بن يوسف كانا شيخي بلخ في زمانهما بغير مدافع لهما، وفي لسان الميزان: "روى عن سفيان وشعبة" وفي معجم المؤلفين "البلخي الحنفي" من آثاره: مختصر في الفقه وفي تاريخ التراجم: مات سنة خمس عشرة ومئتين، عن أربع وثمانين سنة (الفوائد البهية ص:١٩٥، هدية العارفين ٦٦٣/١)، والله أعلم.

[٢] - وفي (ن، ع): "فقال عصام".

[٣] - وفي (ن، ع): "إلا" ساقط.

٧٧٦- قوم كابروا في مصر ليلاً أو نهاراً أو بين قريتين متقاربتين، فإنه لا يجري عليهم أحكام قطاع الطريق عندنا استحساناً لقوله تعالى: ﴿والذين يحاربون الله ورسوله﴾[١]، والمحاربة إنما تتحقق في المفازة التي لا يلحق فيها الغوث؛ لأن الناس إنما يسافرون في المفاوز والبوادي معتمدين على حفظ الله تعالى، لقوله عليه السلام: "إن المسافر وماله ودوابه على قلت إلا ما وقاه الله تعالى"[٢]، فمن تعرض لهم فيها كان محاربا لله تعالى بخلاف المصر فإن فيه يلحقهم الغوث فلا يصير محاربا لله تعالى، وعن أبي يوسف رحمه الله إن كان خارج المصر أو كان بقربه يجب عليهم الحد؛ لأنه لا يلحقه الغوث، وعنه أيضاً في المصر، إن قاتلوا نهاراً بالسلاح يجب الحد؛ لأن السلاح لا يليه. وكذا إن قاتلوا ليلاً بغير سلاح؛ لأن الغوث يبطيء بالليالي.

٧٧٧- وقطاع الطريق إن قتلوا نفساً ولم يأخذوا مالاً صلبهم الإمام حداً. وإن أخذوا مالاً ولم يقتلوا نفساً، قطع الإمام أيديهم وأرجلهم

---

[١] - المائدة: ٣٣.

[٢] - رواه السلفي في أخبار أبي العلاء المعري عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم: "لو علم الناس رحمة الله بالمسافر لأصبح الناس وهم على سفر إن المسافر ورحله على قلت إلا ما وقى الله تعالى" قال الخليل: القلت الهلاك قال ابن حجر: كذا أسنده أبو منصور الديلمي في مسند الفردوس وقد أنكره النووي في شرح المهذب فقال: ليس هذا خبرا عن النبي صلى الله عليه وسلم وإنما هو من كلام بعض السلف، قيل: إنه علي بن أبي طالب (التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير ٣/٢١٥، دار الكتب العلمية).

من خلاف؛ لأن العقوبة تتغلظ بتغلظ الجناية، وإن قتلوا وأخذوا المال فالإمام بالخيار إن شاء قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف ثم صلبهم، وإن شاء صلبهم حياً حتى يموتوا، ولا ضمان عليهم فيما أخذوه من المال، أو [جرحوا][١] جراحة إذا أجري عليهم الحد، كما في السرقة الصغرى، والردى والمباشر فيه سواء كما في الغزاة، والقتل بسيف أو حجر أو غيره سواء لحصول قطع الطريق به.

وإن لم يأخذوا مالاً ولم يقتلوا نفساً حبسهم الإمام حتى يحدثوا توبة وهو النفي من الأرض.

٧٧٨- وإذا قطع بعض القافلة على البعض لم يجب الحد؛ لأن الحرز واحد فصارت القافلة كدار واحدة، والله أعلم.

---

[١] - وفي (م): "أخرجوا" ولعل الصواب ما كتبناه كما في فتاوى النوازل، وفي الجامع الصغير: وإن لم يقتل ولم يأخذ المال حتى أخذ وقد جرح اقتص منه مما فيه القصاص، وأخذ الأرش مما فيه الأرش (الجامع الصغير مع شرحه النافع الكبير ص:٣٠١، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، باكستان).

كتاب السير

٧٧٩- السير جمع سيرة وهي الطريقة في الأمور.

٧٨٠- وفي الشريعة تختص بسير النبي -ﷺ- في مغازيه، الجهاد فرض إلى يوم القيامة وهو فرض كفاية كصلاة الجنازة ورد السلام، وهو تأويل رواية جامع الصغير: الجهاد واجب إلا أن المسلمين في سعة حتى يحتاج إليهم[١]؛ فإذا أقام به البعض سقط عن الباقين، وهو ليس بحسن[٢]؛ لأنه إفساد البنية وسفك الدماء وتعذيب العباد، وإنما هو حسن لغيره، وهو إعلاء كلمة الله تعالى، وإعزاز دينه، وإخلاء العالم عن رأس المعاصي، ودفع شرهم عن المسلمين، وهو المقصد الأصلي عندنا، ولهذا لا يقتل صبي، ولا امرأة، ولا شيخ فانٍ، ولا مقعد، ولا أعمى؛ لأن المبيح للقتل الحراب، ولا يتحقق ذلك منهم، وعند الشافعي رحمه الله: المبيح هو الكفر، ولهذا يقتل الشيخ والمقعد عنده.

٧٨١- فإن هجم العدو على بلد - والعياذ بالله - وجب على جميع الناس الدفع؛ لأنه إذا صار النفير[٣] عاماً يصير من فروض الأعيان

---

[١] - الجامع الصغير مع شرحه النافع الكبير ص:٥٣٤، مسائل متفرقة، طبع إدارة القرآن والعلوم الإسلامية باكستان.

[٢] - أي في نفسه.

[٣] - انظر للتفصيل فتح القدير ٤٣٩/٥).

لقوله تعالى: ﴿انفروا خفافاً وثقالاً﴾[1]. ولهذا تخرج المرأة بغير إذن زوجها، والعبد بغير إذن مولاه، وملك اليمين والنكاح لا يظهر في حق فروض الأعيان كما في الصوم والصلاة، إلا أن الله تعالى أحل فيه الغنيمة حتى يرغب الناس فيه كالنكاح هو عبادة فيه قضاء شهوة.

٧٨٢- فإذا لم يكن في بيت المال[2] فلا بأس بأن يقوي بعضهم بعضاً؛ لأن عمر رضي الله عنه طلب العون عن ذي الحلية.

٧٨٣- فإذا حاصروا مدينة دعوهم إلى الإسلام، وهو واجب مستحب[3]، لقوله عليه السلام: "أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله محمد رسول الله"[4] فإذا أجابوا كفوا عن قتالهم، وإن امتنعوا عنه

---

[1] - التوبة: ٤١.

[2] - هكذا في النسخ الثلاث وهو غير واضح: وفي الهداية: ويكره الجعل أي يكلف الإمام الناس بأن يقوي بعضهم بعضاً بالسلاح والكراع وغير ذلك من النفقة والزاد ما دام للمسلمين فيء (أي في بيت المال) فإذا لم يكن فلا بأس بأن يقوي بعضهم بعضاً، لأن النبي صلى الله عليه وسلم أخذ دروعاً من صفوان، وعمر كان يغزي الأعزب عن ذي الحلية، ويعطي الشاخص فرس القاعد (الهداية والعناية مع فتح القدير ٤٢٧/٥، دار الكتب العلمية).

[3] - أي إن لم تبلغهم الدعوة فهو على سبيل الوجوب، وإن كانت بلغتهم لا تجب ولكن يستحب (العناية وفتح القدير ٤٢٩/٥، دار الكتب العلمية).

[4] - حديث: "أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله"، أخرجه البخاري في الإيمان (باب ٧ وفي الصلاة)، ومسلم في الإيمان (حديث: ٣٦، ٣٥)، وأبوداود في الجهاد (باب ٩٥)، والنسائي في تحريم الدم (باب١ والايمان ٩، ١٥) والترمذي في الايمان (باب ٢)، وأحمد في المسند (٣/ ١٩٩، ٢٢٥) انظر: (نصب الراية ٣/ ٥٨٥، ٥٨٦).

دعوهم إلى إعطاء الجزية؛ لأن النبي عليه السلام أمر أمراء[1] الجيش ذلك؛ ولأن الجزية بدل عن القتل حتى لا يجب على من لا يجوز قتله، كذراريهم ونسوانهم، فإن بذلوها فلهم ما للمسلمين وعليهم ما عليهم، والمراد بالبذل القبول، فإن أبوا استعانوا بالله تعالى ويحاربوهم، لقوله عليه السلام في حديث سليمان بن بريدة[2]: "فإن هم أبوها استعن بالله عليهم وقاتلهم[3]"، ولأن الله تعالى هو الناصر لأولياءه والمدمر على أعدائه فيستعان به في كل الأمور.

٧٨٤- ويكره أن يبتدئ الرجل أباه من المشركين فيقتله لقوله تعالى ﴿وصاحبهما في الدنيا معروفاً﴾[4]، وهذا نزل في حق الأبوين الكافرين.

٧٨٥- ولا بأس برميهم وإن كان فيهم مسلم أسير أو تاجر؛ لأن إعلاء كلمة الله تعالى أوجب من صيانة الأسير.

٧٨٦- وإن تترسوا بالصبيان المسلمين أو بالأسارى لم يكفوا عن رميهم لما قلنا، ويقصدون بالرمي الكفار.

---

[1] - حديث: "أمر أمراء الجيش" رواه مسلم في الجهاد (حديث:٢) وأبوداود، والترمذي في السير (باب ٤٧)، وابن ماجه في الجهاد (حديث: ٢٨٥٨)، والنسائي في السنن الكبرى (٨٥٨، ٨٦٨٠)، وأحمد (٥/ ٣٥٨)، و قال الزيلعي قلت: أخرجه الجماعة إلا البخاري عن سليمان بن بريدة، انظر: نصب الراية (٣/٥٨٦، ٥٨٩).

[2] - في النسخ الثلاث "يزيد"، والصحيح"بريدة" انظر للتفصيل: (الهداية والفتح ٥/٤٣١، دار الكتب العلمية).

[3] - رواه مسلم في كتاب الجهاد والسير:١٧٣١.

[4] - لقمان: ١٥.

٧٨٧- وإن كان الموادعة مصلحة للمسلمين فلا بأس به لقوله تعالى: ﴿وإن جنحوا للسلم فاجنح لها﴾[١].

٧٨٨- وإذا فتح الإمام عنوة فهو بالخيار إن شاء قسمه بين المسلمين كما فعله رسول الله -ﷺ- بخيبر[٢]، وإن شاء أقر أهله[٣] عليه ووضع عليهم [الجزية][٤] وعلى أراضيهم الخراج، كما فعل عمر رضي الله تعالى عنه بسواد العراق[٥]، وقيل: الأولى هو الأول عند حاجة الغانمين،

---

[١] - الأنفال: ٦١.

[٢] - أخرجه البخاري فى صحيحه عن زيد بن أسلم أن عمر قال: والذى نفسي بيده لو لا أن أترك آخر الناس ببّاناً، ليس لهم شيء ما فتحت عليّ قرية إلا قسمتها كما قسم رسول الله -ﷺ- خيبر ولكن أتركها لهم خزانة يقتسمونها، وأخرج أبوداود في سننه في كتاب الخراج عن يحيى بن زكريا عن يحيى بن سعيد عن بشير بن يسار عن سهل بن أبي حثمة: "قال قسم رسول الله -ﷺ- خيبر نصفين، نصفاً لنوائبه، ونصفاً بين المسلمين، قسمها بينهم على ثمانية عشر سهما، انتهى (أبو داود حديث: ٣٠١٠، صحيح البخاري ٥١١٥/٤، باب: ٣٨، حديث: ٤٠٠٢ كتاب المغازي).

[٣] - هذا أي إقرار أهل بلد على بلدهم بالمن عليهم في العقار، أما في المنقول المجرد فلا يجوز المن بالرد عليهم (الهداية والعناية مع فتح القدير ٤٥٨/٥، دار الكتب العلمية).

[٤] - ما بين القوسين زدناه من الهداية (الهداية مع فتح القدير ٤٥٨/٥، دار الكتب العلمية).

[٥] - أثر عمر أخرجه البيهقي (١٣٦/٩) وكذا ابن سعد في الطبقات، وفيه: بعثت عثمان ابن حنيف على السواد ورزقتهم كل يوم شاة (٢٥٥/٣، دار صادر بيروت).

والثاني عند عدم الحاجة، وفي العقار خلاف الشافعي رحمه الله[1].

٧٨٩- ولا يفادي[2] بالأسارى عند أبي حنيفة رحمه الله، أي لا بالنفس ولا بالمال، وقالا: يفادي بهم أسارى المسلمين، وهو قول الشافعي رحمه الله؛ لأن فيه تخليص المسلم من ذل الكافر، وقال في السير الكبير: لا بأس بالمال أيضاً إذا كان للمسلمين حاجة.

٧٩٠- ويقسم الإمام الغنيمة فيخرج خمسها لقوله تعالى: ﴿فأن لله خمسه﴾[3] وهذا الخمس يقسم على ثلاثة أسهم: سهم لليتامى وسهم للمساكين[4]، وسهم لأبناء السبيل، ويقسم الأربعة الأخماس بين الغانمين، للفارس سهمان وللراجل سهم عند أبي حنيفة رحمه الله لتعارض الأدلة فيه، وقالا[5]: للفارس ثلاثة أسهم، وهو قول الشافعي رحمه الله، والرِدء[6] والمقاتل فيه سواء لاستوائهم في السبب وهو مجاوزة الدرب عندنا وشهود الوقعة عند الخصم، ولا سهم منه لغير أهل القتال، ولكن يرضخ[7] لهم.

---

[1] - فعنده لا يجوز المن فيه ويقسم الكل بين المسلمين (الهداية وفتح القدير ٤٥٩/٥، دار الكتب العلمية).

[2] - انظر للتفصيل: (الفتح ٤٧٤/٥).

[3] - الأنفال: ٤١.

[4] - وفي (ن، ع): "للمسلمين" محل "للمساكين".

[5] - وفي (ن، ع): "قال" محل "قالا" والصواب ما كتبناه كما في الهداية (الهداية مع فتح القدير ٤٨٠/٥، دار الكتب العلمية).

[6] - الردء هو العون.

[7] - وفي (ن، ع): "يرخص" وفي (م): "يرجع" والصواب ما كتبناه (البحر الرائق ٩٧/٥، دار المعرفة).

[باب العشر والخراج][1]

٧٩١- أرض العرب كلها عشرية، قيل: هي أرض تهامة وحجاز ومكة ويمن وطائف وعمان والبحرين، والسواد[2] أرض خراجي.

٧٩٢- وكل أرض أسلم أهلها أو فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين فهو أرض عشرية؛ لأن العشر أليق بالمسلمين لما فيه من معنى العبادة، وفي الجامع الصغير[3]: اعتبر بمائها، فقال: أرض استخرج عين منها فهي عشرية؛ لأن العشر يتعلق بالنماء، وبمائها[4]، أي إذا سقى بماء العشر فهي عشرية.

٧٩٣- وكل أرض فتحت عنوة وأقر أهلها عليها فهي خراجية؛ لأن الخراج أليق بهم لما فيه معنى العقوبة. وأما مكة مخصوصة من هذا.

---

[1] – ما بين القوسين زدناه للتوضيح.

[2] – أي أراضي سواد العراق، سمي بالسواد لخضرة أشجاره وزروعه، وحده: عرضا من العذيب إلى عقبة حلوان (العناية مع فتح القدير ٢٩/٦، دار الكتب العلمية).

[3] – وفي الجامع الصغير: كل أرض فتحت عنوة فوصل إليها ماء الأنهار فهي أرض خراج، وما لم يصل إليها ماء الأنهار فاستخرج منها عين فهي أرض عشر (الجامع الصغير ٣١٠/١، باب الأرض يسلم أهلها أو تفتح عنوة، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، باكستان).

[4] – وفي الهداية: العشر يتعلق بالأرض النامية ونماءها بمائها (الهداية مع فتح القدير ٣١/٦، دار الكتب العلمية).

٧٩٤- والخراج الذي وضع عمر رضي الله عنه على أهل السواد من كل [جريب][1] ما يبلغه الماء قفيز هاشمي[2]، وهو صاع ودرهم، من جريب الرطبة خمسة دراهم، ومن جريب الكرم المتصل عشرة دراهم، والوظائف يتفاوت بتفاوت المؤن، والمؤنة تتفاوت فيهم. وما سوى ذلك [من الأصناف][3] كالبستان وغيره يوضع بحسب الطاقة، ونهايتها أن يبلغ [الواجب][4] نصف الخارج[5]؛ لأن التنصيف من الإنصاف ولا يزاد عن نصف الخارج[6].

٧٩٥- وسبب الخراج صلاحية الأرض للنماء، ثم الخراج هو مؤنة فيها معنى العقوبة، ولهذا لو أسلم الذمي لا يسقط عنه الخراج؛ لأنه

---

[1] - ما بين القوسين زدناه من الهداية (الهداية مع فتح القدير ٣٤/٦، دار الكتب العلمية).

[2] - تقدم تخريج أثر عمر آنفاً.

[3] - ما بين القوسين زدناه من الهداية (الهداية مع فتح القدير ٣٥/٦، دار الكتب العلمية).

[4] - ما بين القوسين زدناه من الهداية (الهداية مع فتح القدير ٣٥/٦، دار الكتب العلمية).

[5] - وفي النسخ الثلاث: "الخراج" والصواب ما كتبناه كما في الهداية.

[6] - وفي الهداية: وما سوى ذلك من الأصناف كالزعفران والبستان وغيره يوضع عليها بحسب الطاقة، لأنه ليس فيه توظيف عمر وقد اعتبر الطاقة في ذلك فنعتبرها فيما لا توظيف فيه، ونهاية الطاقة أن يبلغ الواجب نصف الخارج لا يزاد عليه، لأن التنصيف عين الإنصاف، وهذا أوضح (الهداية مع فتح القدير ٣٥/٦، دار الكتب العلمية).

مؤنة ولكن يصرف مصارف الجزية التي هي عقوبة محضة.

٧٩٦- وإذا اشترى المسلم أرض الخراج فعليه الخراج لما قلنا.

٧٩٧- وأما الجزية على ضربين، جزية توضع بالتراضي والصلح فتوضع بحسب ما يقع عليه الإتفاق، وجزية يضع عليهم الإمام إذا غلب عليهم وأقرهم على أملاكهم فيضع على الغني الظاهر غناه، في كل سنة ثمانية وأربعين درهماً يأخذ منه في كل شهر أربعة دراهم، وعلى المتوسط أربعة وعشرين درهماً، وعلى الفقير المعتمل اثنا عشر درهماً؛ لأن هذا مال وجب بدلاً عن النصرة والمال، وذلك يتفاوت بتفاوت كثرة المال وقلته[١].

وعند الشافعي رحمه الله الجزية دينار أو اثنى عشر درهماً، الغني والفقير فيه سواء، لقوله عليه السلام لمعاذ ابن جبل رضي الله عنه: "خذ من كل حالم وحالمة ديناراً وعدل معافر" من غير فصل[٢].

---

[١] - وفي الهداية: لأنه وجب بدلاً عن النصرة بالنفس والمال، وذلك يتفاوت بكثرة الوفر وقلته، فكذا ما هو بدله (الهداية مع فتح القدير ٤٤/٦، دار الكتب العلمية).

[٢] - هكذا في النسخ الثلاث، ولفظ الحديث: "خذ من كل حالم و حالمة دينارا أو عدله معافر" أخرجه ابوداود في الزكاة (حديث: ١٥٧٨)، والترمذي في الزكاة (باب ماجاء في زكاة البقر)، والنسائي في الزكاة (حديث: ٢٢٩٩)، وأحمد في المسند (٢٣٠/٥، ٢٣٣، ٢٤٧)، وابن ماجه فى الزكاة (حديث: ١٨٠٣) وقال الزيلعى: قلت: أخرجه أبوداود، والترمذي والنسائي في الزكاة، عن الأعمش عن أبي وائل عن مسروق عن معاذ، وقال الترمذي: حديث حسن، وذكر أن بعضهم رواه عن مسروق عن النبى -ﷺ- مرسلاً، قال :

٧٩٨- وتوضع الجزية على أهل الكتاب والمجوس، وكذا توضع على عبدة الأوثان من العجم عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله.

٧٩٩- ثم الجزية خلف عن الإسلام حتى لو أسلم الذمي سقطت الجزية عنه، وقيل: هو عوض عن القتل، ولهذا لا تجب على من لا يقتل مثل المرأة والصبي، والأول أصح؛ لأنها تجب على الفقير المعتمل[1] مع أنه يقتل، ولا توضع على عبدة الأوثان من العرب؛ لأن كفرهم أغلظ لما أن النبي -ﷺ- بعث بين أظهرهم ونزل القرآن بلغتهم، والمعجزة أظهر في حقهم فيغلظ العقوبة عليهم؛ لأن العقوبة يتغلظ بتغلظ الجناية فيقتل ولا يترك بالجزية.

٨٠٠- الدار داران[2] عندنا: دار الإسلام ودار الحرب؛ لأنهما متغايران في الاسم فيتغايران في الحكم، وعند الشافعي رحمه الله لا يتغايران أحكامهما[3]، وعلى هذا الخلاف مسائل كثيرة تذكر بعضها في آخر كتاب الكراهية من هذا الكتاب إن شاء الله تعالى.

٨٠١- شروط جعل الدار ثلاثة عند أبي حنيفة رحمه الله، منها:

وهو أصح انتهى، ورواه ابن حبان فى صحيحه والحاكم فى المستدرك وقال: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، انظر للتفصيل: (نصب الراية ٣/ ٦٧١، ٦٧٢ ط: دار الكتب العلمية ببيروت).

[1] - المعتمل هو الذي يقدر على العمل وإن لم يحسن حرفة (العناية مع فتح القدير ٤٣/٦، دار الكتب العلمية).

[2] - وفي (م): "دارين"، والصواب ما كتبناه.

[3] - هكذا في (م)، ولعل الصواب: "لا يتغايران في أحكامهما".

أن يكون متصلاً بدار الحرب، وأن يزول أمن كل أهل الإسلام فيه والذمي[1]، وأن يظهروا فيه أحكامهم كلها فيصير دار حرب عنده؛ لأن هذه الدار كانت دار الإسلام بوجود هذه الأمور الثلاثة، فلا يصير دار الحرب مادام فيه شيء من هذه الأمور؛ لأن الحكم إذا ثبت بعلة تبقى ما بقي شيء من العلة، وإذا بقي حكم من أحكام المسلمين فقد بقي دار الإسلام؛ لأنه اجتمع دليلان فيه فيرجح دليل الإسلام، لقوله عليه السلام: "الإسلام يعلو ولا يعلى[2]".

٨٠٢- وقال: إذا غلب الكفار على موضع وأظهروا أحكامهم فيه صار دار الحرب؛ لأن دار الحرب ما يظهر فيه أحكامهم، وهذا دليل القوة والغلبة لهم، كما أن دار الحرب يصير دار الإسلام بإجراء أحكام الإسلام فيه، فكذا هنا، الإسلام ملة واحدة والكفر كله ملة واحدة عندنا؛ لأن الكفار وإن كانوا مختلفين ظاهراً وفي الحقيقة متفقين في المعنى لإنكار حقيقة الإسلام ويجتمعون في الآخرة في موضع واحد هو النار.

وعند الشافعي رحمه الله الكفر ملل متعددة، ولهذا لا يرث بعضهم بعضاً عنده، ولا يجوز المناكحة بينهم، لقوله عليه السلام: "لا يرث

---

[1] - أي لا يبقى فيها مؤمن آمن في نفسه بأمانه أو ذمي آمن في نفسه بأمانه الأول وهو أمان المسلمين كذا في الخانية، كتاب السير (٣٢٣/٥).

[2] - حديث: "الإسلام يعلو ولا يعلى" قال ابن حجر: رواه الدار قطني من حديث عائذ المزني وعلقمة البخاري، ورواه الطبراني في الصغير من حديث عمر مطولا في قصة الأعرابي والضب واسناده ضعيف جداً، (تلخيص الحبير ٤/ ١٢٦، رقم: ١٩٢١).

أهل الملتين شيء"[1]. وعلى هذا إذا تهود نصراني أو تمجس أو تنصر يهودي يجبر إلى أن يعود إلى دينه الأول عنده كالمرتد إذا ارتد عن الإسلام – والعياذ بالله تعالى –.

وبعض مسائل هذا الكتاب تذكر في آخر كتاب الكراهية إن شاء الله تعالى.

---

[1] – حديث: "لا يرث أهل الملتين شيء" روى الترمذي بلفظ: "لا يتوارث أهل الملتين شيئاً" وإسناده حسن، أخرجه الترمذي في الفرائض (حديث: ٢١٩١)، وأبوداود في الفرائض (حديث: ٢٩١١)، وابن ماجه في الفرائض (حديث: ٢٧٣١)، والبيهقي (٢١٨/٦)، وأحمد (٦٦٦٤، ٢٨٤٤)، والبغوي (٢٢٣٢)، عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، في شرح السنة في الفرائض (٨/ ٣٦٥).

كتاب اللقيط

٨٠٣- اللقيط[١] ما يلقط من الأرض أي يرفع منها، يسمى به تفاؤلاً باعتبار مآله لاستصلاح حاله، وفي الشرع هو اسم لحي موجود[٢] من بني آدم، وإنما يطرحه[٣] أهله خوفاً عن العيلة[٤] أو فراراً عن تهمة الزنية[٥]. وتضييعه[٦] إثم وإحياؤه مندوب إليه، وهو رفع سبب الهلاك عنه، ولهذا كان رفعه أولى من تركه؛ لأن رفعه مندوب[٧]، فإذا غلب على ظنه ضياعه يجب أخذه.

٨٠٤- واللقيط حر باعتبار الأصل والدار، ونفقته من بيت المال

---

١ - اللقيط في اللغة اسم لشيء منبوذ فهو اسم مفعول من اللقط كالقتيل والجريح (ر:جامع الرموز ٤٦٣/٣).

٢ - وفي العناية: وفي الشريعة: اسم لحي مولود طرحه أهله خوفا من العيلة أو فرارا من تهمة الزنا (العناية مع فتح القدير ١٠٢/٦، دار الكتب العلمية).

٣ - "يطرحه" أي يتركه".

٤ - العيلة بالفتح الفقر.

٥ - وفي (ن، ع): "الريبة".

٦ - وفي الدر المختار على رد المحتار: "ومضيعه آثم ومحرزه غانم؛ لأن فيه الإحياء" (ر: رد المحتار ٣٤٤/٣، الفتح ١١٠/٦).

٧ - وفي (م): "إحياء" مكان "مندوب".

هو المروي عن عمر رضي الله تعالى عنه[1]، والملتقط متبرع في الإنفاق عليه لعدم الولاية عليه، إلا أن يأمره القاضي به، ليكون دينا عليه، ولا يجوز لآخر أن يأخذه من الملتقط؛ لأنه ثبت له حق الحفظ، لسبق يده بلا معارض.

٨٠٥- فإن ادعى مدع أنه ابنه ثبت نسبه منه؛ لأنه يتشرف بالنسب ويعير بعدمه.

٨٠٦- ويجوز للملتقط أن يقبل الهدية والصدقة لأجله؛ لأنه نفع محض، ويسلمه في صناعة ويؤاجره، وفي الجامع الصغير[2]: لا يؤاجره وهو الأصح؛ لأنه لا يملك إتلاف منافعه فأشبه العم، بخلاف الأم فإنها تملك منافع ولدها بالاستخدام والإجارة إذا كان في حجرها، ولا كذلك الأخ والعم.

---

[1] - أثر عمر بن الخطاب رضى الله عنه رواه مالك فى الأقضية عن ابن شهاب الزهرى عن سنين أبى جميلة - رجل من بنى سليم - أنه وجد منبوذا فى زمن عمر بن الخطاب قال: فجئت به إلى عمر بن الخطاب فقال: ما حملك على أخذ هذه النسمة؟ فقال: وجدتها ضائعة فأخذتها، فقال له عريفه: يا أمير المؤمنين إنه رجل صالح فقال له عمر: أكذالك؟ قال: نعم، فقال عمر: اذهب به فهو حر ولك ولاؤه وعلينا نفقته، انتهى، (الموطا ٧٣٨/٢، باب القضاء في المنبوذ).

[2] - الجامع الصغير مع النافع الكبير ص:٤٨٣، كتاب الكراهية، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، باكستان).

كتاب اللقطة

٨٠٧- اللقطة ما يلتقط من الأموال غير الآدمي.

٨٠٨- ترك اللقطة أولى من أخذها صيانة لنفسه عن العهدة، وإن كان يأمن على نفسه فالأخذ أولى صيانة مال الغير عن الهلاك.

٨٠٩- واللقطة أمانة في يد الملتقط إذا أشهد أنه أخذها ليحفظها ويردها على صاحبها.

٨١٠- وفي صفة الإشهاد، وهو أن يقول: من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه علي، والأخذ بعد الإشهاد مندوب إليه، أو هو واجب إذا خاف الضياع؛ لأنه مأذون بأخذه شرعاً.

٨١١- ولو أخذها بغير إشهاد فهلك في يده يضمن عند أبي حنيفة و محمد رحمهما الله، و عند أبي يوسف رحمه الله لا يضمن، والقول قوله فيه، هذا إذا قال الملتقط: أخذته للمالك وكذبه المالك، وإن لم يجد من يشهده أو تركه خوفاً من الظلمة يقبل قوله أنه أخذها ليردها على صاحبها. وإن وجدها في مفازة وهو لم يجد من يشهده ثم وجد من يشهده ولم يشهده حتى ضاع يضمن إن كذبه المالك.

٨١٢- وإن أخذها لنفسه ثم هلك في يده يضمن بالاتفاق.

٨١٣- ولم يفصل بين القليل والكثير في رواية محمد، وهو قول مالك والشافعي رحمهما الله. وقال في ظاهر الرواية: إن كانت عشرة

دراهم فصاعداً عرّفها حولاً؛ لأن العشرة مال خطير، ولهذا يجب القطع بسرقتها ويستحل بها البضع، وفي مادون العشرة عرّفها أياماً، والصحيح أن التقدير في مدة التعريف غير لازم، بل مفوض إلى رأي الملتقط[١]، وأنه يعرّفها في الموضع الذي أصابها أو في مجامع الناس ليصل الخبر إلى صاحبها، إلى أن يغلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبها بعد ذلك، ثم بعده مخير إن شاء أمسكها حتى يجيء صاحبها، وهذا عزيمة[٢]، وإن شاء يتصدق بها وهذا رخصة، هذا إذا كان الملتقط غنياً، والملك يثبت للفقير قبل الإجازة؛ لأنه يتصدق بإذن الشرع بخلاف بيع الفضولي حيث يثبت الملك للمشتري بعد الإجازة، وإن كان فقيراً محتاجاً يجوز أن ينتفع بها وكذا الذي اشتراه منه، وقال الشافعي رحمه الله: إن كان الملتقط غنياً يجوز أن ينتفع بها أيضاً.

٨١٤- وعلى هذا غريب مات في بيت رجل وليس له وارث معروف وله مال إن كان صاحب البيت فقيراً يتصدق على نفسه فهو بمنزلة اللقطة، وإن كان غنياً يتصدق على فقير لأجل إيصال الحق إلى المستحق، وهو واجب بقدر الإمكان، وهو إيصال الثواب له عند تعذر إيصال عين الحق.

٨١٥- وذكر في النوادر[٣] عن محمد رحمه الله فيمن أصاب

---

[١] - أي يعرفها إلى أن يغلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبها بعد ذلك ثم يتصدق بها (الهداية مع فتح القدير ١١٥/٦، دار الكتب العلمية).

[٢] - انظر (جامع الرموز ٣/ ٤٦٦).

[٣] - صنف جماعة النوادر فى الفروع، منهم: محمد بن شجاع البلخـــي الحنفـــي

متاعاً حراماً، إن عرف صاحبه رده إليه وإن لا يتصدق بنفسه، وعن أبي بكر الرازي[1]: ومن عليه ديون ومظالم لا يعرف أربابها فعليه التصدق من ماله بقدرها، فإذا فعل ذلك سقط عنه مطالبة أصحابه في الآخرة، فإن جاء صاحبها إن شاء أمضى الصدقة وله ثوابها؛ لأن الفقير ملكها قبل إجازته فلا حاجة إلى بقاء المحل، وإن شاء ضمن الملتقط؛ لأنه سلم ماله إلى غيره بغير إذنه، وإذن الشرع لا ينافي الضمان كما في أكل مال الغير حالة المخمصة.

٨١٦- وإن أمسك اللقطة فجاء صاحبها يستفسر منه وزنها وعددها وكيفيتها ووكاءها، فإن أصاب في ذلك فهو علامة دفعها إليه، ويأخذ منه كفيلاً؛ لأن إصابة العلامة محتملة، ولا يجبر على الدفع عندنا خلافاً لمالك والشافعي رحمهما الله؛ لأن اليد حق مقصود كالملك فلا يستحق إلا بحجة وهو البينة اعتباراً بالملك.

٨١٧- وإن وجد شيئاً مما لا يبقى عرّفها إلى أن يخاف فسادها ثم يتصدق بها.

٨١٨- وإن أصاب شيئاً وهو يعلم أن صاحبها لا يطلبها مثل قشور الرمان والنواة والسنابل بعد الحصاد، جاز له الانتفاع بها من

المتوفى ٢٦٦هـ، وبشر بن رستم، وابراهيم بن رستم، أبو بكر المروزي الحنفي المتوفى ٢١١هـ، وابن سماعة وهشام بن عبيد المازني المتوفى سنة ٢١٠هـ والشيخ الإمام أبو نصر سعد بن أبي القاسم القطان الحنفي وهو تاليف مختصر، جعل معظمه في الفروع، وغيرهم.

[1] - تقدمت ترجمته في الجزء الأول من الكتاب.

غير تعريف، ولكنه يبقى على ملك مالكه؛ لأن التمليك من المجهول لا يصح، فإن جاء صاحبها يأخذها منه؛ لأنه عين ماله، والإباحـــة لا تزيل الملك بخلاف الحشيش في أرضه والماء في نهـــره. وإن كـــان مجتمعاً في موضع لا يجوز أن يأخذه؛ لأن الظاهر أن المالـــك مـــا أباحه بعد ما جمعه، ومن جنس هذه المسائل تذكر في كتاب الكراهية إن شاء الله تعالى.

٨١٩- إن أخذ لقطة ثم ردها في موضعها[١] يضمن في ظاهر الرواية، لأنه التزم الحفظ على نفسه، بخلاف من أخرج الخاتم ثم رده في ذلك الوقت في يده لم يضمن، هذا إذا أخذها لنفسه، وإن أخذها ليعرّفها ثم ردها إلى موضعها لا يضمن؛ لأن الأخذ للتعريف لا يوجب الضمان.

٨٢٠- وإن وجد لقطة فضاع منه ثم وجدها في يد الآخر فلا خصومة فيه؛ لأن الثاني له ولاية الأخذ كالأول بخلاف الوديعة.

٨٢١- ويجوز الالتقاط في الشاة[٢] والضأن والبقرة والبعير، وقال مالك والشافعي رحمهما الله: إن كان البعير والبقر في الصحراء

---

[١] - قال الزيلعي: قال الولوالجي: إذا أخذ اللقطة ليعرفها ثم أعادها إلـــى المكـــان الذي وجدها فيه فقد برئ عن الضمان هذا إذا أعادها قبل أن يتحول عن ذلك المكان أما إذا أعادها بعد ما تحول ضمن، لأنه لما أعادها قبل التحول فقد ترك الحفظ قبل أن يلتزم، فأما إذا تحول بها فإنما يتحول بها ليحفظها فإذا أعادها فقد ترك الحفظ بعد التزامه فيضمن (تبيين الحقائق ٧٦/١٠، كتاب اللقطة).

[٢] - وفي (م): "الشاة" ساقط.

فالأفضل أن يتركها، وكذا الفرس؛ لأنها ما تدفع عن نفسها الهلاك فيقلّ[1] الضياع.

٨٢٢- والملتقط إذا أنفق عليها بأمر القاضي يرجع على صاحبها إذا حضر، وله أن يمنعها منه حتى يأخذ النفقة، وإن هلك في يده قبل حبسه لا تسقط، وإن هلك بعد حبسه: يسقط كالرهن[2]، والله أعلم.

---

[1] - وفي الهداية: "إذا كان معها ما تدفع عن نفسها يقل الضياع"، وهذا أوضح (الهداية مع فتح القدير ١١٨/٦، دار الكتب العلمية).

[2] - وفي الهداية: ولا يسقط دين النفقة بهلاكه في يد الملتقط قبل الحبس، ويسقط إذا هلك بعد الحبس، لأنه يصير بالحبس شبيه الرهن (الهداية مع فتح القدير ١٢٠/٦، دار الكتب العلمية).

كتاب الإباق

٨٢٣- اعلم أن الإباق تمرد من العبد في الانطلاق واختيار سوء الأخلاق وتعرض ماليته للهلاك، فمن رده على مولاه وهو إحسان منه فله جزاء الإحسان وهو الجعل، ثم قيل: إن أخذ الآبق أفضل من تركه؛ لأنه يختفي من مولاه، ولأنه إحياء مال إنسان، ويسعه أن يتركه أيضاً صيانة لنفسه عن التزام المؤنة، وقيل في الضال كذلك، وقيل: تركه أفضل؛ لأنه لا يبرح عن مكانه، ولا يتوارى عن صاحبه فيجده[1] في موضعه.

٨٢٤- وإذا أخذ الآبق يأتي به إلى السلطان؛ لأنه لا يقدر على حفظه بنفسه بخلاف اللقطة، ثم السلطان يحبسه؛ لأنه لا يؤمن على إباقه ثانياً بخلاف الضال.

٨٢٥- وفي رد الآبق على مولاه من مسيرة ثلاثة أيام فله عليه أربعون درهماً، بقول شريح رضي الله تعالى عنه، وفي ما دونه يرضخ، وقيل: بحسابه، وهذا استحسان، والقياس أن لا يكون له شيء إلا بالشرط كما في العبد الضال، إلا أنه يجب باتفاق الصحابة على وجوبه، ولأنه في إيجاب الجعل صيانة أموال الناس؛ لأنه حامل للرد إذ الحسبة نادرة، والمدبر وأم الولد بمنزلة القن فيه هو الصحيح.

---

[1] - انظر للتفصيل: الفتح (١٣٤/٦).

٨٢٦- ثم يدعيه أنه ملكه لا يستحق إلا بالبينة ولا يؤخذ منه كفيلاً، وإن أخذه لا يكون مسيئاً، وإن لم يكن بينة وأقر العبد أنه له يدفعه إليه بكفيل لقصور الحجة؛ لأن خبرهما يحتمل الصدق والكذب ولا منازع لهما[١] في الحال.

٨٢٧- وللراد ولاية الحبس حتى يستوفي جعله كحبس البائع من المشتري.

٨٢٨- ولو رده أب المولى أو ابنه وهو من عياله، أو أحد الزوجين على الآخر فلا جعل له، وكذا السلطان وكذا وصي اليتيم، ومن يعوله، وفي عبد الصبي فالجعل في ماله؛ لأنه مؤنة ملكه.

٨٢٩- وإن أبق من الذي رده فلا شيء عليه[٢]؛ لأنه أمانة في يده، هذا فيما أشهد وقت الأخذ، وفي بعض النسخ لا شيء له، وهو الصحيح؛ لأنه في معنى البائع من المشتري[٣].

٨٣٠- وكسب الآبق لمولاه؛ لأنه كسب عبده، وإن أجره الراد فالأجرة له ولكن يتصدق به لخبث في السبب، كمن اتخذ كوزاً من تراب غيره.

٨٣١- ولو صالح الجعل على شيء قليل يجوز، ولو ضل شيء

---

[١] - وفي (ن، ع): "لهما" ساقط.

[٢] - أي لا ضمان على الراد، وفي بعض نسخ القدوري: لا شيء له أي لا جعل للراد، وكل منهما صحيح (فتح القدير ١٣٠/٦، دار الكتب العلمية).

[٣] - وفي الهداية: "من المالك" (الهداية مع فتح القدير ١٣٠/٦، دار الكتب العلمية).

فقال: من دلني فله كذا، فدل[1] إنسان لا شيء له؛ لأنه لا جعل لراد الضال بالإجماع لعدم السماع فيه، وإن قال لرجل بعينه فله أجر مثله، والله أعلم وأحكم.

---

[1] - وفي (ن، ع): "فدل" ساقط.

كتاب المفقود

٨٣٢- الفقد في اللغة من الأضداد، وإذا سافر رجل أو أسر[١]، ولا يعلم حياته ولا موته فهو مفقود، وهو حي في مال نفسه حتى لا يقسم ماله بين ورثته، ولا تتزوج امرأته، وميت في مال غيره حتى لا يرث منه قبل المدة بل يتوقف نصيبه؛ لأن حياته باقية باستصحاب الحال، وأنه حجة للدفع لا للإثبات والاستحقاق، وعند الشافعي رحمه الله: هو يرث في الحال؛ لأن الأصل هو الحياة، والموت منتف عنه حتى يقوم الدليل عليه.

٨٣٣- ولا يفرق بينه وبين امرأته حتى يتم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد، ثم بعد ذلك يحكم بموته، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله، وفي ظاهر الرواية يحكم بموت أقرانه وهو المعتبر، والأقيس أنه لا يقدر بشيء، والأرفق أنه يقدر بتسعين سنة، وقيل: بمائة سنة في المرأة التي ابتليت به، قال لها النبي -ﷺ-: "هي امرأته حتى يأتيها البيان"[٢]، وقال لها علي رضي الله عنه: فلتصبر حتى يتبين الموت

---

[١] - انظر للتفصيل: رد المحتار (٣/٣٦٠).

[٢] - حديث: "هي امرأته حتى يأتيها البيان" أخرجه الدارقطني في سننه (٣/٣١٢) وقال الزيلعي: قلت: أخرجه الدارقطني في سننه عن سوار بن مصعب ثنا محمد بن شرحبيل الهمدانى عن المغيرة بن شعبة قال: قال رسول الله -ﷺ-: "امرأة المفقود إمرأته حتى يأتيها البيان" انتهى، ووجدته في نسخة أخرى،

أو الطلاق"[1]، ولأن النكاح كان ثابتاً يقيناً والموت حالة الغيبة في حيز الاحتمال فلا يزول بالشك، وقال مالك رحمه الله: إذا مضى أربع سنين يفرق القاضي بينه وبين امرأته فتعتد عدة الوفاة، ثم تتزوج لمن شاءت؛ لأن عمر رضي الله تعالى عنه هكذا قضى في الذي استهواه الجن بالمدينة، وكفى به إماماً، ولأنه منع حقها بالغيبة فيفرق القاضي بينهما بمضي هذه المدة اعتباراً بالإيلاء في العدد وبالعنة في السنة عملاً بالشبهين[2].

[تم الجزء الثاني بحمد الله وعونه، ويليه الجزء الثالث من كتاب الكراهية إن شاء الله تعالى].

"حتى يأتيها الخبر" وهو حديث ضعيف، قال ابن أبي حاتم في كتاب العلل: سألت أبي عن حديث رواه سوار بن مصعب فقال أبي: هذا حديث منكر، ومحمد بن شرحبيل متروك الحديث، يروي عن المغيرة مناكير، انتهى، انظر: (نصب الراية ٣/ ٧١٨- ٧١٩، دار الكتب العلمية).

[1] - وأثر علي: "فلتصبر حتى يستبين الموت أو الطلاق" قال الزيلعي قلت: رواه عبد الرزاق في مصنفه في كتاب الطلاق أخبرنا محمد بن عبيد الله العرزمي عن الحاكم بن عتيبة أن عليا قال في امرأة المفقود: هي امرأة ابتليت، فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق انتهى، وأخرج ابن أبي شيبة في مصنفه عن أبي قلابة، وجابر بن زيد، والشعبي، والنخعي كلهم قالوا: ليس لها أن تتزوج حتى يتبين موته (نصب الراية ٣/ ٧١٩، ٧٢٠، دار الكتب العلمية).

[2] - أي أخذ في المدة الأربع من الإيلاء والسنين من العنة كذا في فتح القدير ١٣٦/٦، دار الكتب العلمية).

الفهارس

فهرس الكتاب

فهرس الأحاديث والآثار

فهرس الأعلام الذين ذكرت تراجمهم

فهرس الكتب التي ذكر تعريفها

فهرس المسائل الواردة في متن الكتاب

* * *